دور الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا في التأسيس لقواعد الإثبات في أحكام الأسرة

- دراسة في قانون الأسرة الجزائري والفقه المالكي –

د. حجاري محمد

جامعة معسكر- الجزائر

ملخص:

يعد الجانب التطبيقي لأحكام الأسرة، وما يرتبط به من أحكام الإثبات هو المعبّر عن تقرير حماية للعلاقات الأسرية، وحيث أن اختيار المشهور في المذهب قد يمس بمقصد الحفاظ على رابطة الأسرة، أو بتعليل لا يتفق والمذهب. وهذا بلا شك يشوش على قضاة الموضوع، ويهدم الثقة في نفوس المتقاضين. ومن ثم كان البحث في توجيه لمسلك هذا العمل القضائي من خلال آليات تنزيل الفقه المالكي وضوابط ذلك، على اعتبار أن الاجتهاد القضائي هو أحد أدوات ترشيد الاحكام القضائية، حفاظا على مصداقيتها، حتى لا تكون عرضة للنقض، فضلا عن توجيه القضاة إلى ما تم اختياره من أحكام فقهية وإجرائية.

الكلمات المفتاحية: الاجتهاد القضائي، أحكام الأسرة، الفقه المالكي، الاثبات، قانون الأسرة.

Abstact :

The practical aspect of the provisions of the family, and the associated provisions of proof, is the expression of a report on the protection of family relations, and the choice of the famous in the doctrine may affect the purpose of preserving the family bond, or the explanation is incompatible with the doctrine. This undoubtedly undermines the judges of the subject, and undermines confidence in the litigants. Therefore, the research was directed at the conduct of this judicial work through the mechanisms of downloading the jurisprudence of al-Maliki and the controls of that, on the grounds that the jurisprudence is one of the tools to rationalize judicial rulings, in order to maintain its credibility, so as not to be subject to veto, as well as directing judges to what was chosen from Juristic and procedural provisions.

key words**: **Jurisprudence, Family provisions, Al-Maliki jurisprudence, Proof, family law.

أ- مدخل للبحث وأهميته:

إن تقنين الفقه الاسلامي ليس مجرد عملية فنية مهمتها صياغة الأحكام الشرعية في شكل نصوص ومواد تعطي كل منها رقما وترتب في أبواب وفصول على غرار ما هو حاصل في القوانين الوضعية، وإنما المسألة أعقد من ذلك، ذلك أن اختيار أسلوب التقنين لتطبيق الشريعة الاسلامية - أحكام الأسرة مثلا- لا يمنح المقنن ذات الصلاحية التي يمارسها المقنن في القوانين الوضعية، ولا يتيح له تضمين التقنينات أحكاما دون حدود؛ بل هو مقيد بضوابط ينبغي عليه الالتزام بها، وإلا صار وصف عمله- كليا أو جزئيا- بأنه تقنين لأحكام الشريعة الغراء محل نظر.

وفي المقابل يمتلك المقنن في القوانين الوضعية صلاحيات واسعة تجعله قادرا على وضع ما يشاء من الأحكام وفق مصالح يقدرها هو بغض النظر عن موقف الدين منها، بينما تنحصر صلاحيات المقنن للفقه الإسلامي في ترجيح أحد الآراء أو الاجتهاد من خلال نصوص وأدلة لا يملك الخروج عنها، فإذا تجاوز هذه الحدود خرج عن كونه مقننا للفقه الإسلامي.

لكن هناك قضية أخرى تتجاوز حدود هذه الصياغة والتنظيم الشكليين للتقنين، ولا نكون مبالغين إذا قلنا أنها أهم عنصر فيه، فهي جوهر القوانين المستمدة من الفقه الإسلامي، وهي مصدر الإشكالات التي تطرح بمناسبة تقنين أحكام الفقه الإسلامي، ألا وهي إحالة القاضي إلى مذهب معين في القضايا التي لم يرد بشأنها نص، ويكون الأمر في غاية الصعوبة إذا تمت الإحالة إلى أحكام الشريعة الإسلامية من غير تقييد بمذهب من مذاهب الفقه الاسلامي(المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري)، وفي هذه الحالة كان تأسيس القاضي لاجتهاده من خلال التزامه بالمذهب المالكي لاعتبارات تاريخية وأخرى منهجية. إلا أن الواقع في العمل القضائي أفرز عدة إشكالات نتجت عنها عدت أحكام قضائية، بل كانت هناك اجتهادات قد يكون في اختيارها للمشهور في المهذب مما يمس بمقصد الحفاظ على الروابط الأسرية حينا، وأحيانا أخرى يتم العدول عن ذلك الاجتهاد وتعديله إلى رأي فقهي خلاف المذهب، أو خلاف المشهور فيه، وهو ما يشوش على قضاة الموضوع، بل على المتقاضين ووكلائهم في معرفة الحقيقة، بل ويهدم مقاصد تشريع الأسرة، ومن ثم كان البحث في توجيه لمسلك هذا العمل القضائي من خلال البحث في آليات لتنزيل الفقه المالكي على الحوادث والقضايا. وبما أن مجال الأسرة واسع فستتركز دراستنا عن آليات العمل القضائي لتأسيس قواعد إثبات موضوعية وإجرائية ومدى كفالتها في حماية العلاقات الأسرية.

ولا يخفى أن الإثبات أهمية بالغة في شأن المنازعات الناشئة عن أحكام الأسرة، فالنزاع وإن انحصر بين طرفين أو أكثر، إلا أن الضرر لا ينحصر- غالبا- فيمن يعجز عن إثبات دعواه عند المخاصمة، وإنما يمسّ الأسرة أيضا، سيما في وقتنا هذا، والذي صار إنكار الحقوق فيه عند الخلاف والنزاع أصلا في الطبائع إلا من عصم الله. ولا شك أن امتداد النزاع حجما ومدى يحتاج لقواعد اثبات موضوعية تضبط النزاع وترشِّده، وتكون أحيانا كفيلة بحلّه، كقاعدة

الأصل والظاهر، ولمن يكون، وأن الفرع يتبع الأصل، وهي قواعد هامة قعّدها الفقه الإسلامي، برع فيها المالكية، وقنّنتها القوانين المنظمة لأحكام الأسرة، كما أن لها حضور في التطبيقات القضائية.

والأمر في ذلك كله يقتضي إلمام القاضي بهذه الأحكام، فضلا عن قدرته على تنزيلها على الوقائع المعروضة عليه، سيما وأن نصوص قانون الأسرة محدودة، وترك الأمر مفتوحا للقاضي بالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية- طبقا لنص المادة 222- في كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون هو أمر فيه خطورة على القاضي نفسه من حيث تأسيس الحكم القضائي وتسبيبه، لذلك كان الاجتهاد القضائي هو أحد أدوات ترشيد الاحكام القضائية المتعلقة بشؤون الأسرة، حفاظا على مصداقية القضاء وأحكامه، حيث لا تكون عرضة للنقض، فضلا عن توجيه قضاة الموضوع إلى ما تم اختياره من أحكام فقهية وإجرائية، وما ينتج عن ذلك من بث للثقة في نفوس المتقاضين.

ب- موضوع البحث وإشكاليته:

يمثل الجانب التطبيقي لأحكام الأسرة، وما يرتبط به من أحكام الإثبات هو المعبّر عن تقرير حماية فعّالة للأسرة، حيث متى عرفها القاضي - إلى جانب معرفته للحكم الشرعي الكلي والأسباب التي تعرفه ثبوته أو انتفاءه عن محل النزاع- تبيّن له وجه الحكم في المسألة، واستنار له الطريق في الدعوى، وكان حكمه بذلك معللا وصوابا، ومتى جهله جاء الحكم معتلا ومعيبا.

ولعلّ جهل الكثير من المؤلفين بغور مسائل الاثبات والبيّنات هو ما حمل البعض باجترائه على الفقه الاسلامي ورميه بالجمود، وتشبيه قواعد الاثبات الفقهية بالقواعد والمعاملات الحسابية التي لا تتخلف نتائجها، وقول البعض الآخر بأن هذه المبادئ والقواعد تؤدي إلى اختلاف الحقيقة القضائية مع الحقيقة الواقعية، وربما الذي حملهم على هذا الادعاء هو ما شاع على طريقة بعض العصور في الفقه الاسلامي من تفنن مؤلفيها في الاختصار، وهي طريقة علمية جليلة، مع ما قد يؤخذ على هذا المنهج في التصنيف، فازداد الدافع والميل للكتابة في مثل هذه الموضوع لدحض ذلك الافتراء، وإبطال لتلك الدعوى بالبيّنة.

ولا يخفى على أحد من المشتغلين بأحكام الأسرة والقوانين المرتبطة بها أهمية الدراسة التحليلية القضائية العملية لهذه المسائل، فالدراسات تركز على قانون الأسرة الجزائري، وربط نصوصه ببعض التطبيقات القضائية، لكن تفتقر لتقييم الاجتهاد القضائي في قضايا الأسرة، سيما ما تعلق بتنزيل الفقه المالكي- وما لها ارتباط بموضوع الإثبات- على الوقائع والنوازل. هذا مع خلط كثير من المشتغلين به أحكام الاثبات في دعاوى الأسرة بالإثبات في الأمور المدنية. لذلك كان لابد من وضع هذه الدراسة التقييمية النقدية لمسلك العمل القضائي.

ومن هنا كان طرح التساؤل عن مسلك العمل القضائي واستخدامه لقواعد الإثبات الموضوعية والإجرائية للإثبات في أحكام الأسرة في ضوء الفقه المالكي؟ وماهي أهم الآليات والضوابط لضبط بعض الاختيارات الفقهية، من حيث التعليل والتوجيه، وهل كانت تلك الاختيارات كافية لحماية العلاقات الأسرية؟

ويتفرع عن ذلك تساؤلات أخرى فرعية تتعلق بمدى تأثير أحوال الناس وظروفهم في تغير القناعة من بعض وسائل الاثبات، في الفقه المالكي خصوصا، وتقييد القضاء بها ؟ وهل يسوغ تقييد استعمال بعض هذه الوسائل في دعاوى دون أخرى؟ وما وجه الفرق بينها؟ وما حدود سلطة القاضي في هذا الباب ؟ وهل في قصور الاجتهادات القضائية على المبادئ والأحكام المقررة في فقه معيّن أو الراجح فيه، يقرب الحقيقة القضائية من الحقيقة الواقعية – والتي ينشدها كل قاضي- أم لابد من توسيع دائرة البحث في أحكام الشريعة الإسلامية، مادام أن نصوص القانون لم تلزم القاضي بمذهب معين ؟ بل أن المسألة قد لا تعدو سوى اختيار لقول مرجوح وغير مشهور في المذهب في حين اعتبره القاضي راجحا ومعولا في تأسيس الأحكام عليه؟

ج- منهج البحث وتقسيمه:

ستتركز دراستنا في هذا البحث على أحكام الإثبات وفق القواعد الموضوعية والإجرائية للاجتهاد القضائي في قضايا الأسرة، ويتم ذلك وفق معالم مهمة من خلال عرض المسألة والعمل القضائي فيها وتعليله، وهل كفل تحقيق مقاربة الحقيقة القضائية من الحقيقة الواقعية،

ثم تقييم ذلك التعليل، فكثيرا ما يتم تعليل بعض الأحكام القضائية خلافا للصواب، وقد يكون ذلك بتأثير مسلك القضاء الجزائي مثلا.

ويتم ذلك وفق معالم مهمة من خلال عرض المسألة الخلافية وبسط أقوال الفقهاء فيها وأدلتهم ومناقشتها وما ظهر لي ترجيحه منها بالأدلة الشرعية المقررة، مع بيان موقف القانون في المسألة، وتعليل ذلك الموقف أو انتقاده، ومن ثم كان ذلك مدخلا لدراسة تاريخية تحليلية لبعض النصوص القانونية المتعلقة بأحكام الاثبات الموضوعية ومسوغاتها الواقعية. ومن ثم المقارنة بين القوانين المنظمة لمسائل الأحوال الشخصية والقوانين الجزائرية، ومحاولة بيان أوجه الاتفاق والاختلاف، سيما ما تعلق منها بأحكام الإثبات، وما يلعبه العرف في قواعد الإثبات الموضوعية، وأي القوانين كفل تحقيق مقاربة الحقيقة القضائية من الحقيقة الواقعية. كما أن بعض المبادئ قد أخذت مكانها في القوانين المعاصرة، وهي سبق وأن قررها الفقه الإسلامي منذ زمن بعيد، لذا فهي تحتاج إلى الإبراز هنا، وتأصيلها وبيان الأقوال والأدلة بشأنها. فضلا عن محاولة استخراج بعض الآثار واللفتات النافعة التي وردت في تراث الأئمة ومدى استفادة المشتغلين في الإثبات بها، سيما القضاة منهم، لأجل صدور الحكم معللا ومؤسسا شرعا.

محاولين في كل ذلك بيان كيفية تنزيل الفقه المالكي في أحكام الأسرة سواء في شقها الموضوعي أو الإجرائي بأسلوب أكثر بساطة، مما هو لدى الفقهاء القدامى، مع عرض يتوافق ودعاوى الناس اليوم، بالإضافة إلى ربطه بالناحية التطبيقية متى أمكن ذلك وتيسر. ومما سبق كانت أهم مسائل هذه الورقة البحثية في:

المبحث الأول: دور الاجتهاد القضائي في قضايا إثبات الزواج للتأسيس لقواعد الإثبات اتفاقا أو خلافا للمذهب المالكي

يتضمن الإثبات نوعين من القواعد؛ قواعد موضوعية وأخرى شكلية أو إجرائية، حيث نجد أحكام الإثبات في القانون الجزائري منظمة في فرعين مستقلين، الفرع الأول: وهو القسم الموضوعي الذي نصت على أحكامه نصوص القانون المدني(1) في الباب السادس من الكتاب

الثاني بداية من المادة 323، الفرع الثاني: وهو الشق الإجرائي والمنصوص عليه في قانون الإجراءات المدنية والإدارية في مواد متفرقة.

والقواعد الموضوعية هي التي تحدد طرق الإثبات المختلفة وترتيبها مع بيان حجيتها وقيمة كل منها، وتوضيح الطرف الذي يقع عليه عبء الإثبات، وغير ذلك من المسائل التي تتعلق بالموضوع، أما القواعد الإجرائية فهي التي تحدد الإجراءات الواجب اتباعها في إقامة الأدلة عندما يكون النزاع معروضا أمام القضاء لإثبات صحة المحررات، وسماع الشهود واستجواب الخصوم وكيفية أداء اليمين وإجراءات المعاينة والخبرة...

وقد ورد في المادة 18 من قانون الأسرة الجزائري(2) ما نصه: " يتم عقد الزواج أمام الموثق أو أمام موظف مؤهل قانوناً لذلك "، وجاء في المادة 22 من نفس القانون أنه: "يثبت الزواج بمستخرج من سجل الحالة المدنية وفي حالة عدم تسجيله يثبت بحكم قضائي. يجب تسجيل حكم تثبيت الزواج في الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة".

ويتبين من هذين النصين وغيرهما أنه يشترط في إثبات الزواج شرطين:

الشرط الأول: الإثبات لا يكون إلاّ أمام القضاء: فالإثبات الذي يلزم طرفيه ويلزم الغير معهما هو الإثبات الذي يقع أمام القضاء، والمقصود بالقضاء في إثبات عقد الزواج، المحاكم بمختلف درجاتها وتحديداً ضمن قسم شؤون الأسرة بالمحاكم الابتدائية، وبغرفة الأحوال الشخصية بالمجالس القضائية، تحت رقابة المحكمة العليا كمحكمة قانون.

الشرط الثاني: الإثبات لا يكون إلا بالطرق التي حددها القانون: للإثبات القانوني طرقٌ معينة لا يجوز الإثبات بغيرها فيجب أن يكون هذا الإثبات مسموحاً به، وصالحاً من الناحية القانونية ويخرج ما نهى القانون عنه، وهذه الطرق ليست على مرتبة واحدة، وتحوز حجية متفاوتة فقد يصلح بعضها بذاته لإثبات الزواج في حين يحتاج بعضها الآخر لحجج أخرى، وسنعرض لهذه الطرق ومدى التزام القوانين بأحكام الإثبات في الشريعة الاسلامية.

الفرع الأول: في حجية الشهادة لإثبات الزواج

بالرغم من تمكن الكتابة من تحقيق السيادة في نظام الإثبات، إلا أنه ما زال للشهادة أهمية في مسائل كثيرة ونخص منها مسائل الزواج، فإخراجا للزواج من السرية وتفرقته عن كل علاقة مشبوهة، كان الإعلان عن طريق الشهادة أحد الوسائل المهمة في ذلك، ولحفظ الحقوق والواجبات التي تنشأ عن عقد الزواج لزم ذلك الشهادة لإثباتها. فبالرغم من كونها لا توفر الضمانات التي توفرها الكتابة للقضاء، فالشهادة تقوم على أمانة الشهود، ولا ريب أن شهادتهم يعتريها الكذب وعدم الدقة، فضلا عن كثرة الدعاوى الكيدية لسهولة الحصول على شهود زور(3). ومع هذه المطاعن الموجهة للشهادة إلا أنها كثيرة الاستعمال وتتميز بالبساطة والسهولة، كما قد يقدم الشهود من الناحية العملية كثيراً من التوضيحات الهامة للقاضي فيلجأ إليها على أنها الطريق الوحيد لتكوين قناعته لإثبات الزواج(4).

ولا تسمع الشهادة إلا بعد توفر شروطها واستيفاء إجراءاتها(5)، ومن شروط صحة أداء الشهادة أن يكون الشاهد عالماً بالأمر المشهود به وذاكراً له وقت الأداء، فلو نسى المشهود به لم يجز له أن يشهد. وأن يكون المشهود به معلوما حتى يتيسر القضاء به، ولا يكون كذلك إلا إذا وضَّح الشاهد للقاضي صاحب الحق ومن عليه الحق ونفس الحق المشهود به، والغرض من ذلك كله هو التعريف، فحيث تحقق التعريف وثبت لدى القاضي علم الشاهد بالمدعى به الذين تتصل بهما وقائع الشهادة موضوع التحقيق اكتفى به وصح الاعتداد بالشهادة(6).

ومن القواعد المقررة شرعا أنه إذا حصل تنازع في الزوجية وادعاها أحدهما وأنكرها الآخر فإن الشهادة اللازمة لثبوت الزواج تكون إما بمعاينة العقد بالشهادة المباشرة, أو بطريق السماع، أو ما يسمى بالشهادة غير المباشرة، وهي أقل قوة من الشهادة المباشرة التي يقول فيها الشاهد بما سمع عن غيره, ولذا سميت بالشهادة السماعية فهي رواية أو نقل للشهادة المباشرة يرويها له شاهد يشهدها عيانا بعينه وسمعا بأذنه(7). والشهادة السماعية جائزة حيث تجوز الشهادة الأصلية وهي مثلها تخضع لتقدير قاضي الموضوع(8).

ويشترط لقبول شهادة السماع، بناء على الصحيح في المذهب الحنفي، عدم تصريح الشاهد أمام القاضي بأنه يشهد بناء على التسامع، وإنما يشهد على الإطلاق والقطع دون تفسير منه أو تقييد، كأن يقول: أني لم أعاين ذلك النكاح، ولكن سمعت من فلان كذا وكذا، فإن صرح بذلك لا تقبل شهادته, لأن ذكره يشعر بعدم جزمه بالشهادة، حتى تكون العهدة على الشاهد(9).

وللقاضي أن يسأل الشاهد عن السبب الذي بنى عليه شهادته، فإذا صرح بأنه يشهد بناء على التسامع، أو ذكر أنه يشهد بناء على إخبار من يثق به ولم يقتنع القاضي بذلك لم يحكم بهذه الشهادة، والأمر في الأخير مرجعه لتقدير القاضي.

بالنسبة لطبيعة الشهادة لإثبات الزواج فقد قرر الاجتهاد القضائي ثبوت النكاح بشهادة السماع، "فمن القواعد المقررة شرعا أن التنازع في الزوجية إذا ادعاها أحدهما وأنكرها الآخر، فإن إثباتها يكون بالبينة القاطعة تشهد بمعاينة العقد أو السماع الفاشي"(10). إلا أن الاجتهاد لم يذكر حد الشهرة والسماع مع أن الفقهاء اختلفوا فيها على قولين، قول حدها بسماع المشهود به من جمع كثير يؤمن تواطؤهم على الكذب، بحيث يقع العلم أو الظن القوي بخبرهم..وقيل حده أن يخبره رجلان عدلان - أو رجل وامرأتان- بأن هذه المرأة زوجة فلان بحيث يحصل للشاهد من خبرهم نوع علم، وسمي هذا بالشهرة الحكمية. فما هو الراجح في تفسير معنى التسامع، وهل ما ذهب إليه جمهور الفقهاء ينبغي أن يتأسس عليه الاجتهاد القضائي، لأن الشهرة الحقيقية يحصل بها زيادة علم، يزيد فيها احتمال الصدق قد لا يتحقق بالشهرة الحكمية ؟ كما أن القضاء الجزائري، وإن أجاز الشهادة هنا بالتسامع، إلا أنه لم يقيدها بأن تكون على الإطلاق والقطع، وذلك مما يشعر بعدم جزم الشاهد بشهادته.

والقضاء الجزائري وإن أجاز الشهادة هنا بالتسامع إلا أنه لم يقيدها بأن تكون على الإطلاق والقطع، إذ لم تشترط المحكمة العليا في مختلف قراراتها أن يشهد الشخص في كل ذلك على الثبات والقطع دون تفسير منه أو تقييد, بأن يقول إنني لم أعاين العقد ولكن سمعت من فلان - الشهود وغيرهم - أن فلاناً وفلانة متزوجين، فحتى لو شهد كذلك تقبل شهادته، وهو خلاف

ما عليه قضاء محكمة النقض المصرية. ففي إحدى قرارات المحكمة العليا أنه "من المقرر شرعاً أن الزواج لا يثبت إلا بشهادة العيان التي يشهد أصحابها أنهم حضروا قراءة الفاتحة أو حضروا زفاف الطرفين أو بشهادة السماع التي يشهد أصحابها أنهم سمعوا من الشهود وغيرهم أن الطرفين كانا متزوجين(11).

والمتأمل لموقف محكمة النقض المصرية السابق عملاً بقول بعض المتأخرين من الحنفية يلحظ أن فيه اضطراب، أو أننا لا ندري علة ذلك الحكم, إذ كيف يستحسن القاضي قبول الشهادة بالتسامع في دعوى النكاح وغيرها من الدعاوى ثم في الوقت نفسه يشترط عدم إظهار ذلك أمامه.

وما يلاحظ على القانون الجزائري أنه لم يحدد أية قيمة خاصة للشهادات بالتسامع المتداولة حالياً، وترك بذلك قيمتها لتقدير القاضي في نطاق القواعد العامة(12).

كما لا يجوز أن يكون مصدر الشهادة هو مدعي النكاح نفسه، أو بناء على إخبار منه أو وليد استشهاد, وإذا كان الثابت من مدونات الحكم المطعون فيه أن الشاهد الثاني شهد بتلقيه خبر الزوجية عن المطعون عليها نفسها وبناء على إخبارها، فإن شهادته تكون غير مقبولة شرعا(13).

وعلى القضاة أن يتحروا عند سماعهم لشهادة الشهود وضبط الأسئلة التي تساعد على التفريق بين ما حضره الشهود هل هو مجرد خطبة، أم أنهم حضروا مجلس عقد زواج(14)، وللقاضي مطلق الحرية في الأخذ بشهادة الشاهد الذي يطمئن إلى شهادته، وذلك حسبما يراه من ظروف الدعوى مادام عدم اطمئنانه هذا سائغاً شرعا.

ولا عبرة بكثرة الشهود أو قلتهم مادامت شهادتهم لا تتفق مع ظروف الدعوى ولا توحي بالثقة بها، حتى وإن اتفق الطرفان على شهادة شاهد معين فإن شهادته لا تقيد القاضي، ولو أن ذلك يوحي باطمئنان الطرفين إليه وثقتهما به. والعلة في ذلك أنه لا يصح للطرفين الاتفاق على طريقة الإثبات لتقييد المحكمة.

والمحكمة إذا ما طرحت أقوال الشهود، أو فضّلت بعض الشهود ورفضت البعض الآخر لعدم اطمئنانها إلى شهادتهم، فلا شأن لمحكمة النقض بها - متى كان حكمها مسببا - إذ ذلك من الأمور التي يستقل بها قاضي الموضوع لتعلقه بتقدير الدليل(15).

ويقوم هذا المبدأ على مبدأ مهم من مبادئ الإثبات القانوني؛ وهو أن تقدير أقوال الشهود واستخلاص الواقع منها ما تستقل به محكمة الموضوع ولا سلطان عليها لأحد في ذلك إلا بتلك الأقوال التي قد تؤدي إلى غير المقصود أو تناف مدلولها، فلها أن تأخذ بمعنى الشهادة دون معنى آخر تحتمله أيضا متى كان المعنى الذي أخذته لا يتماشى مع عبارتها(16)، فمحكمة الاستئناف - مثلا – لها أن تذهب في تقدير أقوال الشهود مذهبا مخالفا لتقدير محكمة أول درجة ولا يكون عليها في هذه الحالة أن تبين الأسباب الداعية لذلك، وحسبها أن تقيم قضاءها على ما يحمله، فلا يعيب حكمها أن تستخلص من أقوال الشهود ما اطمأنت إليه، ولو كان مخالفا لما استخلصته محكمة الدرجة الأولى التي سمعتهم(17).

ومما يتوجب على القاضي مراعاته عند سماعه للشهود هو عدم التناقض في أقوالهم، فمتى كانت شهادة كل من الشاهدين متناقضة مع الأخرى، فإن ذلك يزيل أثرها ويمنع بناء الحكم عليها(18).

الفرع الثاني: التجريح في الشهود

إن الأمة مجمعة على رد الشهادة بالتهمة من حيث الجملة، والتهمة تعتمد في تقديرها على ما تمليه طباع الناس من جلب المنافع ودفع المضار، وقسم الفقهاء التهمة إلى مراتب(19)، بعضها مجمع على اعتبارها لقوتها، والبعض الآخر مجمع على إلغائها لخفتها، وقسم ثالث مختلف فيها.

ومن شروط قبول شهادة الشهود انتفاء التهمة وعدم وجود أي ميل على أحد الخصوم، فيجوز – من ثم – لأي طرف من أطراف الدعوى أن يبدي أوجه التجريح في أشخاص الشهود، وذلك سواء قبل سماعهم، وبمجرد أن يتقدم المدعي بأسمائهم للمحكمة أو أثناء سماعهم، أو بعد سماعهم وتدوين المحضر بأقوالهم. وقد قررت محكمة النقض هذا الأصل المقرر شرعا وهو وجوب انتفاء التهمة عن الشاهد بحيث لا تقبل شهادة أصل لفرعه، ولا فرع لأصله ولا أحد

الزوجين لصاحبه، أما سائر القرابات الأخرى فتقبل شهادة بعضهم لبعض ما لم تتوافر أسباب التهمة من جر مغنم أو دفع مغرم(20).

ومقتضى ذلك أنه لا تقبل شهادة الأولاد للوالدين وإن علوا ولا شهادة الوالدين للأولاد وإن سفلوا، اعتبارا بأن الولد بضعة من والده دون تفرقة في الواقعة المشهود عليها، وكذا شهادة أحد الزوجين لصاحبه، لقوة التهمة فيها بمقتضى الطبيعة والميل الفطري لبعضهما البعض. أما شهادة سائر القرابات كشهادة الأخ والأخت والعم والعمة والخال والخالة- عملا بالراجح في الفقه الحنفي – فإن الأصل فيها القبول ما لم تتوافر أسباب التهمة من جلب مغنم أو دفع مغرم(21).

كما تجوز شهادة الرجل لأم امرأته ولزوج ابنته، لأن المصاهرة التي بينهما تأثيرها في حرمة النكاح فقط أما ما سوى ذلك فلا تأثير للمصاهرة فيه(22). وإذا قبلت هذه الشهادات كان ذلك تنبيها على شهادة من هو أبعد بطريق الأولى، كشهادة الصديق.

أما في القانون الجزائري فقد ورد في المادة في المادة 153 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري(23) أنه:" لا يجوز سماع أي شخص كشاهد إذا كانت له قرابة أو مصاهرة مباشرة مع أحد الخصوم. لا يجوز سماع شهادة زوج أحد الخصوم في القضية التي تعني زوجه، ولو كان مطلقا. لا يجوز أيضا قبول شهادة الإخوة والأخوات وأبناء العمومة لأحد الخصوم. غير أن الأشخاص المذكورين في هذه المادة، باستثناء الفروع، يجوز سماعهم في القضايا الخاصة بحالة الأشخاص والطلاق".

مؤدى هذا النص هو عدم جواز شهادة الأقارب والأصهار واستثناء من هذا الأصل تجوز شهادتهم لبعضهم البعض في مسائل الحالة كالزواج والنسب والولادة والوفاة وكذا الطلاق... وغيرها، عدا الأبناء الذين بقى حكمهم على الأصل وهو عدم جواز شهادتهم لإثبات الزواج وغيره من مسائل الحالة(24).

والعلة في استثناء الأقارب والأصهار من قاعدة رد الشهادة، وقبول شهادتهم لبعضهم البعض في مسائل الحالة هو أنهم أكثر الفئات معاينة لها بحكم صلتهم وارتباطهم ببعضهم، فهم إما

يشهدون زيجات بعضهم أو يعلمون بذلك بما يتسامعون بينهم وقد لا يشهد بها أو يحضرها غيرهم فيتعذر بذلك الحصول على بينة من غيرهم.

وهذا القول - الذي تؤسس عليه المحكمة العليا قراراتها- لا يصلح تعليلا لمسلك النص، لأن مسائل الحالة ليست جميعها ذات طبيعة واحدة، فبعضها قائم على السر, والبعض الآخر يتوجب فيه الإعلان. هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن النص لم يحدد درجة القرابة أو المصاهرة التي تجوز معها الشهادة لأحد الخصوم، ومعنى ذلك العمل بحكم النص على إطلاقه كما ورد، ضف إلى ذلك أنه لم يتعرض إلى حكم شهادة أحد الوالدين لولده، حيث اكتفى بالنص على عدم قبول شهادة الوالد لوالده، فتقبل بذلك شهادة الوالدين للأولاد وإن سفلوا، وهو ما لا يتفق مع الأصول المقررة شرعا(25)، وكما لا تجوز شهادة الفرع لأصله، فلا تجوز أيضا شهادة الأصل لفرعه. كما جاء خلوا عن التفرقة بين ذلك، وبين شهادتهما على أصلهما، متى استشهد بهما مدعي الزوجية وأنكره الآخر، وحكم شهادة أحد الزوجين لصاحبه التي تتفق مع شهادة الابن لأحد والديه في العلة، ولقد كان من الأولى بالمقنن الجزائري أن ينهج منهج الراجح في الفقه الإسلامي في ذلك لقوة التهمة في تلك الشهادات، لما تمليه الطبيعة والميول الفطرية(26)، أما عدا ذلك من شهادة الأقارب والأصهار بعضهم لبعض في مسائل الزواج وغيرها من مسائل الحالة، فالأصل فيها القبول ما لم تحقق فيها مظنة التهمة بجلب مغنم أو دفع مغرم، وترك ذلك لسلطة القاضي التقديرية، فالأقارب والأصهار هم بمثابة أسرة واحدة، خصوصا في مناطق القرى والأرياف أين يتركزون في عائلة واحدة تربطهم مصالح مشتركة ويحدوهم شعور موحد، فعلى القاضي أن يضع هذه الاعتبارات جميعا عند إجرائه التحقيق في الشهادة، وما إذا كانت قد أثّرت في شهادة الشاهد أم لا(27).

فالعمل القضائي لا يتفق مع أي مذهب من المذاهب الفقهية، ولم يسلك فيه المقنن مسلك أي فقيه، كما أن عدم جواز قبول شهادة أخوة وأخوات الخصوم لم يمنعها الإمام مالك على إطلاقها، وإنما قيدها بما إذا كان الأخ منقطعا لأخيه؛ بحيث يناله بره وصلته وتقبل فيما عدا ذلك لعدم التهمة.

المبحث الثاني: دور الاجتهاد القضائي في قضايا إثبات الطلاق ودعاوى التفريق للتأسيس لقواعد الإثبات في ضوء تنزيل الفقه المالكي – دراسة تحليلية تقويمية

إن أدلة الإثبات ليست جميعها في مرتبة واحدة، فقد يصلح بعضها لإثبات بعض مسائل الحالة، ولا يصلح بعضها الآخر لذلك، وإن أجيزت فقد يشترط لإعمالها شروط لا تشترط في وقائع وحالات أخرى. ومن هذه الحالات إثبات الطلاق، والذي يتفق مع إثبات الزواج في أحكام كثيرة، ويختلف عنه في أحكام أخرى، سواء من حيث الأدلة ونطاق إعمالها، أو شروطها، فاختلفت موارد الشرع في أحكام إثباتهما، وتشعبت أقوال العلماء فيهما، ونشأت الفروق والحكم والتعاليل. ولعل ذلك مرده خصوصية الطلاق وطبيعته، كما أن القاعدة في الشرع أنه "يحتاط في الخروج من الحرمة إلى الإباحة ما لا يحتاط في الخروج من الإباحة إلى الحرمة"(28)، ضف إلى ذلك أن الطلاق يتم في الغالب بغير علم الناس، بل قد تفاجأ الزوجة به، أو لا تعلم به إلا بعد زمن، إذ لا يشترط لإيقاع الطلاق حضور الزوجة، فالشارع جعله حقاُ للزوج يستقل بإيقاعه من غير توقف على رضاها به. هذا فضلاً عن قضايا الطلاق التي تتسم بالخطورة وهو ما يقتضي الاحتياط والتضييق ما أمكن من دائرة الطلاق، ومن ثم التقييد في وسائل إثباته. إلا أن مسلك القضاء قد يغفل عن هذه الاعتبارات أحيانا، فتكون الحقيقة القضائية بعيدة عن الحقيقة الواقعية، بل مضادة لها. وفيما يأتي توضيح وتفصيل لهذا الإجمال.

الفرع الأول: دور الاجتهاد القضائي في إجراءات إثبات الطلاق

أرسى القضاء الجزائري إثبات الطلاق العرفي في جميع الأحوال بشهادة الشهود على اعتبار أنها الطريق الوحيد الموجود لإثبات وقوع الطلاق. والشهادة المقررة في الطلاق هي الشهادة على القطع بمعاينة الشاهد شخصيا واقعة الطلاق زمانا ومكانا، التي يشهد أصحابها بأنهم سمعوا واقعة تلفظ الزوج بالطلاق، حيث لم يذكرها فقهاء المالكية الطلاق من المواطن التي يشهد فيها بالسماع عند كلامهم عن محل شهادة السماع، فبقى حكمها على الأصل وهو ضرورة معاينة الواقعة محل الشهادة(29). أما الشهادة على السماع فغير جائزة، لأنها إنما أجيزت استحسانا في مسائل محصورة دفعا للحرج وتعطيل الأحكام وليس إثبات الطلاق من بينها، والحكم بإثبات تصريح

الزوج بالطلاق بواسطة شهادة مستفيضة لا تقوم عليه حجة، وفي ذلك فتح لباب الفساد وتفكيك لروابط الأسرة بإشاعة الدعاوى الكيدية المتعلقة بالطلاق.

ومتى تبين ذلك يعلم الخطأ البيِّن للمحكمة العليا بقبولها إثبات الطلاق باستفاضة خبره، حيث جاء في قرارها أنه: "ولما كانت الشريعة الإسلامية تخوِّل إثبات تصريح الزوج بالطلاق بواسطة سماع شهود حضروا وسمعوا بذلك من نفس الزوج، أو بواسطة شهادة مستفيضة، فإنه يجب على القضاة أن يجروا تحقيقا لسماع الشهود الذين علموا بالطلاق، وليس لهم بعد ذلك إلا أن يوافقوا على صحة طلاق أثبت أمامهم"(30).

والعلة في عدم قبول شهادة السماع في الطلاق ظاهرة، إذ أن شهادة السماع إنما قبلت في مسائل الاشتهار واستفاضتها بين الناس، وقد يتعذر إثباتها بغير هذا الطريق، فلو منعنا الشهادة فيها بالسماع لضاعت حقوق كثيرة وهذا بخلاف الطلاق فالأصل وقوعه في البيوت بعيدا عن مجالس الناس، فلا يستفيض خبره ولا يشتهر في الملأ، ومن ثم فلا يعلم به أحد - مع قربه- إلا بإقرار الزوج (31).

ولا يخفى ما يترتب على ذلك من المقاصد المتمثلة في التقليص من دائرة الخلاف ما أمكن، وقد يكون في منع قبول شهادة السماع في الطلاق أحد وسائل تحقيق ذلك، إذ لا يخلو بيت من الخلافات، زيادة ما في ذلك من القضاء على الدعاوى الكيدية، الأمر الذي يوجب معه النظر في مثل هذا العمل القضائي وتوجيهه بنحو يخدم فيه الفقه المالكي.

الفرع الثاني: دور الاجتهاد القضائي الإثبات في دعاوى التفريق

باستقراء حالات التفريق – المتفق عليها والمختلف فيها – نلاحظ أن إثبات موجب التفريق أمر تتفاوت صعوبته حسب كل حالة للتفريق، كما قد تتفاوت في الحالة الواحدة نتيجة اختلاف كل دعوى وما يكتنفها من ظروف، ولذلك فلا ضير أن يكون أحد الزوجين مدعيا في بعض الحالات ومدعى عليه في حالات أخرى، لاتفاق دعواه مع الأصل أو الظاهر، أو اختلافها عنهما. والهدف هنا هو إبراز دور القضاء ومن ورائه الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا

في وضع الملامح الرئيسة للإثبات ومدى الالتزام باختيارات الفقه المالكي، سواء بالتوسع أو التضييق في مجاله، وكذا التقييد أو الإطلاق من وسائله وطرقه.

أولا: في دعوى التفريق لعدم الإنفاق والمآخذ المسجلة على الاجتهاد القضائي:

أ) كيفية ثبوت الإعسار وعدم الإنفاق في الفقه الإسلامي:

إذا ادعت الزوجة عند القاضي أن زوجها ممتنع عن الإنفاق عليها أو لم يدفع إليها نفقتها فعند المالكية(32) يسمع القاضي بعد إثبات الزوجية لأقوال الزوج، فإن صدقها في عدم الإنفاق نظر إن كان له مال ظاهر وأمكن الحصول على النفقة منه بأي وجه من الوجوه - دفعاً للضرر عنها - ولا تطلق عليه. وإن لم يصدقها في دعواها كان القول قول الزوج مع يمينه، لأن العرف الغالب يشهد بصدقه، وتكلف الزوجة بالبينة لادعائها خلاف الظاهر (33).

هذا فيما إذا كان الخلاف بعد الدخول، أما إذا حصل الخلاف قبل الدخول، فالقول قول الزوجة المنكرة بالاتفاق(34).

وجميع ما ذكر إذا لم يدفع الزوج دعوى زوجته بإعساره. أما إذا ادعى العسر ولم يكن له مال ظاهر فيختلف حكم المسألة عما سبق, فإن صدقت الزوجة زوجها في دعواه الإعسار - باتفاق المذاهب الثلاثة - حكم له به، وهل يمهل من ثم مدة معقولة يسعى فيها لتحصيل الرزق مع مراعاة حال الزوجة ومقدار صبرها عند تحديد هذه المهلة، أم يفرق بينهما في الحين(35). أما إن لم تصدقه في دعواه وقالت أنه مليء طلب منه البينة، فإن شهدت البينة لقوله أكدها بيمينه وتبطل بذلك دعوى الزوجة، وهو مذهب المالكية(36). وإنما جعل مدعيا بخلاف الحالة السابقة، لأنه إنما ادعى الإعسار لإسقاط حق النفقة الواجبة عليه، فلا يقبل قوله إلا ببينة، وإن كان الظاهر هو عدم الغنى، فتجرد بذلك قوله عن أمر يصدقه، وكان أضعف المتداعيين أمرا في الدلالة على الصدق، وإن لم يحضر بينة على ادعائه الإعسار أمر القاضي بالإنفاق أو الطلاق دون إنظار، فإن لم يفعل واحدا منهما قام القاضي مقامه وطلّق عليه(37).

وهذا ما لم يثبت الزوج علم زوجته بإعساره حال العقد، ويثبت ذلك ببينة تشهد لقوله يؤكدها بيمينه، أو بإقرار الزوجة بذلك.

هذا في حال حضور الزوج، أما إن كان غائبا، فتعتبر الزوجة مدعية تمسكا بالظاهر، ولأنه لا تقام الدعوى على الغائب إلا ببينة، فحتى تثبت عدم إنفاقه عليها أو أنه ما ترك لها ما تحتاجه في فترة غيابه فعليها إثبات الزوجية أولا، ثم إثبات غيبة الزوجة بالشهادة ونحوها كمراسلاته لها، على أن تشهد هذه البينة أنه ما ترك لها ما تنفقه في فترة غيابه. وبيمينها لتأكيد شهادة الشهود على غياب زوجها، إلا أنها لا تحلف إلا بعد إنظار القاضي له المدة التي ترجى أن يعود فيها، أو يبعث لها ما تحتاجه، فإن قدم في الأجل بقي مع زوجته(38).

أما إن تنازعا بعد قدومه من سفره في إرسال النفقة, فقال الزوج أرسلتها لك أو تركتها لك قبل سفري, فلم تصدقه على ذلك ولا بينة له فالقول قولها بيمين(39) إن رفعت دعواها للحاكم.

ب) الإثبات في دعوى التفريق لعدم الإنفاق في القانون الجزائري والعمل القضائي:

جاء في المادة 53 قانون الأسرة الجزائري في فقرتها الأولى ما نصه: "يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب الآتية: - عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج، مع مراعاة المواد 78، 79، 80 من هذا القانون". يتضح من خلال النص أن شروط التطليق لعدم الإنفاق هي:

1- عدم إنفاق الزوج سواء بسبب إعساره، أو تعمده لعدم الإنفاق.

2- أن تكون الزوجة قد رفعت دعواها من قبل للمطالبة بالنفقة، وصدور حكم يلزمه بذلك، ولكنه امتنع عن تنفيذه، وأصر على عدم الإنفاق(40).

3- ألاّ تكون الزوجة عالمة بإعساره وفقره وقت الزواج، فإن كانت عالمة بحاله وسكتت عنه إلى ما بعد الدخول، سقط حقها في طلب التطليق لعدم الإنفاق بسبب رضاها المتقدم بحاله، وهو مذهب المالكية وقول ابن القيم.

ويقع عبء إثبات علم الزوجة بحال الزوج على عاتقه بطرق الإثبات المقررة، ولو تمكن من ذلك، فللزوجة دفع تلك البينة ببينة أخرى تثبت تغرير الزوج بها أثناء عقد الزواج، كأن تظاهر بغناه والحال أنه معدم.

يفهم من النص السابق أنه لا يجاب للزوجة في طلبها التطليق إلا بعد أن ترفع دعوى أولى تطالب من خلالها الزوج بالنفقة وتقديمها ما يثبت ذلك في حالة إنكاره أو إقراره بالمدعى به عليه، وبعد استصدار الزوجة لحكم من المحكمة بوجوب النفقة، وامتنع الزوج عن تنفيذ هذا الحكم مدة تتجاوز شهرين، يحق لها بعد ذلك أن ترفع دعوى مستقلة لطلب التفريق، وهو ما يعني اعتبار الحكم القضائي الممتنع تنفيذه من طرف الزوج بمثابة قاعدة إثبات موضوعية، تعفي من تقررت لمصلحته وهو الزوجة عن الإثبات، فينتقل بذلك عبء الإثبات إلى الطرف الآخر.

لم يرد ذكر هذه المسألة في قانون الأسرة الذي جاء خلوا عن بيان مدة تلوُّم القاضي للزوج، وإنما جرى القضاء على العمل بها توافقا مع نص المادة 331 من قانون العقوبات المتعلق بجريمة الامتناع عن النفقة.

إن هذا الإجراء الذي انفرد به القانون الجزائري كشرط للحكم للزوجة بطلب التفريق، يتعارض مع المبدأ العام لدعوى التطليق لعدم الإنفاق، وهو رفع الضرر الواقع على الزوجة من جراء امتناع الزوج عن الإنفاق قصدا أو لإعساره، حيث تتحمل الزوجة عبء إثبات عدم إنفاق زوجها عليها، ثم تستصدر حكما قضائيا تلزم الزوج فيه بالإنفاق، ثم تنتظر مهلة شهرين يتأكد فيها امتناع الزوج عن التنفيذ..، والشروع بعد ذلك في رفع دعوى جديدة للمطالبة بالتفريق، وما توجبه كل مرحلة من إجراءات قضائية وإدارية مرهقة، ولعلّ الاطلاع على الدعاوى المرفوعة أمام القضاء في هذا الشأن تكشف عن درجة حيف هذا الإجراء القانوني.

وزيادة على ما ذكر من مآخذ على النص القانوني، فإن ما اشترط فيه من إجراءات للإثبات ليس لها أثر كبير في الواقع، إذ لا يمكن تصور أن الزوج الذي امتنع عن النفقة سوف يلتزم بحكم المحكمة سواء كان امتناعه عن قصد الإضرار بها، أو لعسر أصابه، ففي كلا الحالتين فإن حكم القاضي بإلزام الزوج بالنفقة على زوجته لن يغير من وضعيتها شيئا، فالزوج إن كان متعمدا

في عدم الإنفاق، فلن يزيده رفع الزوجة لمثل هذه الدعوى إلا تعنتا وإصراراً على موقفه، أما إن كان معسراً حقاً فإلزامه بالنفقة لا جدوى منه ما دام الإعسار قائما(41).

وفي توجيه لمسلك القانون ذكرت المحكمة العليا في بعض أحكامها أن ذلك تقرير لما نص عليه أحد فقهاء المالكية، وهو ابن عاصم بقوله: إن عجز الزوج عن إنفاق لأجل شهرين ذو استحقاق بعدهما الطلاق لا من فعله، وعاجز عن كسوة مثله، والقضاء بما يخالف أحكام هذه المبادئ يعد خرقا لقواعد فقهية مستمدة من الشريعة الإسلامية[42].

وهذا بلا ريب حمل لكلام الفقيه المالكي على غير المقصود منه، ذلك أن التوجيه الصحيح لما ذكره ابن عاصم المالكي أن لا يطلق على الزوج في الحين، وإنما يؤجل وينظر مدة حددها البعض بشهرين. جاء في تحفة ابن عاصم:

الزوج إن عجز عن إنفاق	لأجل شهرين ذو استحقاق
بعدهما الطلاق لا من فعله	وعاجز عن كسوة كمثله

والصحيح في المذهب أن لا توقيت في ذلك، وإنما يترك لتقدير القاضي حسب كل قضية وظروف كل زوج، فإن انتهى الأجل ولم يلتزم بالإنفاق فرق القاضي بين الزوجين، ولا يحكم بذلك إلا إذا كانت النفقة مستحقة للزوجة بأن كانت غير ناشز، وغير ذلك من شروط وجوب النفقة. وفي ضوء ذلك ينبغي أن يفهم الفقه المالكي.

وإذا كانت مقتضيات العدل تقتضي أن تقدر النفقة بحال الزوجين يسارا وإعسارا، وأخذ ظروف الزوج بعين الاعتبار، فإنها تقتضي أيضا عدم إثقال عبء الزوجة بإجراءات قضائية طويلة ومعقدة. ولا مناص بذلك من الاكتفاء بدعوى واحدة تقدم فيها الزوجة ما يثبت ادعائها من الحجج الشرعية بعدم الإنفاق، والرجوع إلى ما قرره الفقه المالكي للتحقق من ذلك.

ولا يفوتنا التنبيه إلى مسألة مهمة لم يشر إليها نص قانون الأسرة، ولم نعثر على موقف القضاء - مع أنها مسألة فقهية عملية- وهي أنّ الزوج إذا لم يكن له مال ظاهر وادعى الإعسار، ولم يثبته، أو لم يقل أنه موسر، أو معسر، ولكنه أصرّ على عدم الإنفاق، فلفقهاء المالكية قولان،

قول بأن للقاضي تطليقها في الحين، وقول آخر بأن يؤجل مدة يسجن فيها لعلّه يعود للإنفاق، فالنص جاء خلواً عن بيان موقفه من هذه المسألة وما يتعلق بكل حالة من أحكام، وهو ما يقتضي الرجوع إلى أحكام الفقه المالكي لتكملة النص باعتباره مصدر التشريع في هذه المسألة، وهو ما يتطلب اجتهادا قضائيا من ذلك وبيان الفروق، سدا للفراغ وتوحيدا للقضاء ودرئا للتعارض والخلاف(43).

ثانيا: موقف الإجتهاد القضائي لسد القصور المسجل في القانون الجزائري موضوعيا وإجرائيا في دعوى التفريق للعيوب:

نص قانون الأسرة الجزائري على التفريق بالعيب في فقرة وحيدة ضمن حالات التطليق القضائي، حيث جاء في الفقرة 02 من المادة 53 أنه يجوز للزوجة أن تطلب التطليق في حالة "العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج"(44)، ولم يورد نصاً بشأن إثبات تلك العيوب والاستعانة بالخبرة الطبية في ذلك، لا بالوجوب ولا بالجواز، بالرغم أن القضاء الجزائري جرى - وقبل صدور القانون - على الاستعانة بأهل الخبرة لإثبات المرض الواقع بالزوج، واعتبار التقرير الطبي والشهادات الطبية وسيلة هامة لا تجاب الزوجة بدونها إلى طلبها بالتفريق(45).

كما قررت المحكمة العليا بأن عيوب الفرج ليست كلها موجبة للتطليق بمجرد الادعاء بها، بل لابد من معرفة مصيرها، ومدى قابلية العيب للعلاج، ولا يتم ذلك إلا بتقرير الخبرة الطبية، وفي هذه الحالة لابد من ضرب أجل للمصاب للعلاج, فإن وقع الحكم عليه قبل معرفة ذلك، وضرب أجل له للعلاج، ففي ذلك مخالفة للشريعة الإسلامية(46). ويتفق في ذلك القضاء الجزائري مع قول جمهور الفقهاء. ونرى أن الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا قد سد فراغا مهما، ولم نقف على موقفها من امتناع الزوج عن تنفيذ الحكم القاضي بعرضه على خبير مختص للكشف عنه والتأكد من ادعاء الزوجة عليه، وتوجيه العمل القضائي في هذه المسألة، هل هو دليل على صحة ما ادعي به عليه، أم هي مجرد قرينة ضعيفة لا تكفي وحدها لا تكفي لتكوين قناعة القاضي للفصل في موضوع الدعوى، ومتى حكم بناء على هذا الاعتبار، كان الحكم غير

معلّل وقائم على أسباب غير سائغة، ولا يسوغ من ثم اعتبار هذا الرفض قرينة تضاف إلى بقية البيِّنات إذا كان في الدعوى أدلة أخرى وقرائن ؟

وقد توسعت المحكمة العليا في اعتبار العيب الموجب للفرقة، نظرا للوصف أو الضابط الذي اعتمده قانون الأسرة (المادة 04). وبذلك اعتبرت المحكمة العليا في إحدى قراراتها أن ثبوت العقم بعد العلاج يجيز للزوجة طلب التطليق لتضرر الزوجة من عدم الإنجاب، سيما وأن المعاشرة الزوجية كانت طويلة، وهو ما يحول دون تحقيق الهدف من الزواج[47]. ونخشى أن يفتح ذلك الضابط سلطة تقديرية واسعة للقاضي على أساس معيار موضوعي، وهو هل العيب يحول أم لا دون تحقيق الهدف من الزواج، وهو أمر نرى أنه يحتاج إلى اجتهاد قضائي رصين يبحث المسألة من مختلف الجوانب، وقد يكون للعقم سبب غير عضوي لا يمكن للخبرة الطبية الوقوف عليه. المهم أن اعتبار العقم كعيب – من غير اشتراطه في العقد- تجاوز وتوسعة للضابط الذي أوردته الفقرة 02 من المادة 53 من قانون الأسرة، قد يهدم الأسرة ويقضي على لبناتها.

ثالثا: دور الاجتهاد القضائي في التأسيس لقواعد الإثبات في دعوى التفريق للضرر والتوسعة أو التضييق من دائرته:

الحالات التي تجيز للزوجة طلب التفريق للضرر متنوعة، ويمكن حصرها في التفريق لسوء العشرة، التفريق لتعدد الزوجات، والتفريق للغياب. وهذه الحالات الثلاث يجمعها عنصر الضرر.

أ- ثبوت الضرر عن طريق وقائع معينة ووسائل إثباته : إن مصدر الضرر الموجب للفرقة وقائع وأعمال مادية محضة، سواء كانت فعلا أو امتناعا عن فعل، وعلى مدعية الضرر إثبات تلك الوقائع بوسائل الإثبات المقررة شرعا. ومن هذه الوقائع محل الإثبات واقعة الهجر في المضجع، أو واقعة غياب الزوج أو حبسه، وغير ذلك من الوقائع التي متى أثبتتها الزوجة حكم لها بما ادعته.

1- **إثبات الهجر في المضجع**: أهم ما يميز واقعة الهجر أنها صعبة الإثبات باعتبارها من أسرار الزوجية, ويظلّها الستر عادة وتنأى بطبيعتها عن الإعلان. وقد تتمكن الزوجة من الحصول على شهود يشهدون لها بالقطع على واقعة الهجر، إلا أن ذلك يعد في القليل النادر. وتخفيفا على الزوجة في هذه الحالة كان لابد من قبول شهادة السماع في إثبات واقعة الهجر والضرر بوجه عام، سيما إذا اشتهر بين الناس أمر هجران الزوج لزوجته، أو إذا ما اقترن هجر الزوج في المضجع بالإهمال وتركه لمسكن الزوجية، لأن إثبات هذه الأخيرة أسهل من الأولى لرؤية الناس لها. لذلك فعلى القاضي أن يراعي خصوصية هذه الواقعة وصعوبة إثباتها، ولا مناص من اعتماد القرائن القضائية من ظروف الزوجة وصولا للحقيقة ما أمكن. كما يمكن الرجوع إلى تقرير الحكمين، فقد يرد فيه ما يثبت واقعة الهجر. ويعد المذهب المالكي أوسع المذاهب عملا بالقرائن لإثبات الضرر.

2- **إثبات الضرر في تعدد الزوجات**: ضمن قانون الأسرة الجزائري للزوجتين السابقة واللاحقة الحق في طلب التطليق، الأولى بعدم علمها بزواجه اللاحق أو عدم موافقتها على ذلك، والثانية بإخفائه عنها زواجه بأخرى، وكلف الزوج بإثبات علم زوجته السابقة ورضاها، وعلم اللاحقة أنه متزوج بسواها، ويكفي الزوجتين الادعاء بعدم العلم أو الرضا، وهو ما عبرت عنه المادة 08 مكرر بالتدليس، ويستجاب لطلبها بالتطليق، وقد ينقذ الزوج من ذلك حصوله على ترخيص من القاضي يثبت فيه موافقتهما على العيش المشترك، وأنّى له ذلك. وهذا لاشك ظلم فادح للزوج. والذي يجمع عليه الألم النفسي من جراء هذا الطلاق- وربما يكون كارها له- والألم المادي بمطالبته بمؤخر الصداق والنفقة والمتعة وغيرها من الأعباء.

إن التطليق إنما يكون عن الضرر لا عن مجرد عدم العلم بالزيجة السابقة أو اللاحقة، أو الرضا بذلك، والدعوى إنما تقام على أن ضررا منهيا عنه شرعا أصاب الزوجة بسلوك زوجها مسلكا مخالفا للشرع، ومن ثم فلا يعتبر الزوج متجنيا على زوجته بزواجه بأخرى بل استعمل حقا خولته الشريعة إياه، ومتى طلبت الزوجة التطليق لذلك لا يجوز للقاضي أن يجيبها إلى ذلك.

على أن يكون هذا الضرر حقيقيا لا متوهماً، واقعا لا متصورا، ثابتا وليس مفترضا، مستقلا بعناصره عن واقعة الزواج اللاحق في ذاتها وليس مترتبا عليها، ويظهر ذلك في الغالب بمظاهر عدم العدل بين الزوجات، وقد يصعب إثبات ذلك سيما إذا كان الزوج محتاطا في تصرفاته، وقد يتيسر للزوجة إحضار شهود لهم صلة بها كالجيران أو أقارب تنتفي عنهم التهمة، أو بقرائن يستنبطها القاضي من الوقائع المعروضة عليه، والتي تدل على تفضيل الزوجة الأخرى في المعاملة المادية وتضرر الزوجة من ذلك، أو ما تلقاه من المعاملة السيئة, وغير ذلك من صور الأضرار.

3- **إثبات الغياب**: أجحف قانون الأسرة الجزائري المرأة عندما اشترط في دعواها التفريق لغيبة الزوج، أن تثبت غيبته لأكثر من سنة بدون عذر، كما تثبت أنه لم يترك لها النفقة ولا أرسل بها إليها طوال هذه المدة، فجمع بذلك دعويين - التطليق لعدم الإنفاق وللغياب- في دعوى واحدة، لذا فالمطلوب من المحكمة العليا ترشيد النص القانوني والتخفيف من غلوائه، وليس في ذلك تجاوز للنص وإنما عمل بروح النص وتحقيقا لمقاصده.

ويثبت الضرر بالإقرار من الزوج بتعديه على زوجته، أو الشهادة المعتادة, ويكفي في مذهب مالك شهادة رجلين عدلين، أو بشهادة رجل واحد مع يمين المدعية. والأصل في الشهادة أن يشهد الشاهد بالشيء قطعا معاينة أو سماعا، فهل يجوز إثبات وقائع الإضرار التي تبيح طلب التفريق مجرد السماع الفاشي؟

المقرر عند المالكية أن شهادة السماع تكتمل بها البينة في إثبات الضرر الموجب للفرقة، فمجرد السماع الفاشي بين الرجال والنساء في أن الزوج يضار زوجته تكفي، وصفتها أن يقول سمعنا سماعا فاشيا مستفيضا على ألسنة النساء والخدم والجيران(48).

وبقول المالكية في ثبوت الضرر بشهادة رجلين عدلين(49)، وبمجرد السماع الشائع دون العلم القطعي أخذ القضاء الجزائري، حيث أن: "للطالب أن يثبت تصريحه بالطلاق بواسطة شهود حضروا أو سمعوا بذلك من الطالب، أو بواسطة شهادة مستفيضة"(50). وهذا الاجتهاد القضائي حسن، فلو لم تجز الشهادة بالتسامع هنا لأدى إلى الحرج وضياع كثير من الحقوق، وتعليل ذلك أن الضرر الزوجي يكون من الصعوبة إثباته بالرغم من وجوده الملموس، نظرا لما

تتسم به الحياة الزوجية من السرية، فقلما يعاين الشهود اعتداء الزوج على زوجته بالضرب والسب، ولتسهيل إثباته بغية تحقيق العدالة وتخفيف العبء الثقيل الذي تنوء الزوجة في إثبات وقائع الإضرار - كسبب في الدعوى - قبلت الشهادة على الضرر بالتسامع، وقصد بها الشهرة في محيط الزوجين، وتحديد هذا المحيط وتقدير الشهادة عموماً يخضع لتقدير القاضي الذي له اعتمادها وقبولها إذا اطمأن إليها, أو تركها جانباً إذا ساوره شك في صحتها، فلو لم تجز الشهادة بالتسامع هنا لأدى إلى الحرج وتعطيل الأحكام وضياع كثير من الحقوق، والحرج مدفوع شرعاً بقوله تعالى: ﴿ ما جعل عليكم في الدين من حرج ﴾ (51).

وقد صرّح فقهاء المالكية بإثبات الضرر بالقرائن، ومن ذلك قول الشيخ النفراوي في شرحه رسالة أبي زيد القيراواني: "للمرأة التطليق بالضرر الثابت ولو بقرائن الأحوال" (52).

وإنما أوردنا إثبات الضرر بالقرائن وحجيتها في موجب الفرقة وبعض التطبيقات القضائية المقارنة لأننا لم نجد موقفا واضحا للمحكمة العليا في ذلك، رغم أن القضية تتعلق بأكثر دعاوى التطليق شيوعا، وكنا نأمل على حكم للمحكمة العليا للنظر في حجية بعض القرائن وقيمتها في دعوى التفريق للضرر .

هناك مسألة أخيرة تتعلق بالتفريق للضرر وهي هل يكفي في التفريق للضرر إثبات مضارة الزوج مرة واحدة أم يشترط تكرار الضرر؟

القانون الجزائري جاء خلوا عن بيان القول المختار في المسألة، ولم نعثر على حكم قضائي في ذلك، فيكون العمل بالمشهور في مذهب مالك، باعتباره المصدر للنص في المسألة، فيرجع إليه في تفسير النص، وفي تفصيل مجمله. وللمالكية(53) في هذه المسألة ثلاثة أقوال، فذهب بعضهم إلى الاكتفاء بثبوت الضرر ولو لمرة واحدة في إعطاء المرأة حق الخيار بالطلاق، وهذا هو مشهور المذهب. وقول ثان بضرورة تكرار الضرر للمطالبة بحق التطليق. وقول ثالث وسط في المسألة مؤداه إن كان الضرر فاحشا فيوجب الخيار ولو من غير تكرار، بخلاف ما إذا كان خفيفا لغير تأديبها، فإنه لا يوجبه بالمرة الواحدة، إذ لا يكاد يسلم منه الأزواج.

فهل يسوغ العمل بغير المشهور في المذهب باشتراط تكرار الضرر لما فيه من مراعاة لمصلحة الزوجة المتضررة الطالبة للفرقة، وفي بقاء العلاقة الزوجية، لأن الضرر الناتج عن بعض الشقاق لا يكاد يخلو منه بيت من البيوت، ولو أجبنا الفرقة بالضرر لمجرد وقوعه مرة واحدة لسارعنا في هدم أسر الأولى بنا حفظها وإصلاحها؟

إن المصلحة العامة وهي لاشك مقدمة على المصلحة الخاصة تقتضي أن يحتمل في الحياة الزوجية كثيراً من الهفوات، ولا يعمل على فكها لأول هفوة تصدر من الزوج، إلا إذا تكرر الضرر وتكاثر، مع محاولة إزالته بطرق معالجة نشوز الزوج.

ب- دور الحكمين في دعوى الشقاق بين الزوجين وإذهاب لجوهر التحكيم في ضوء القانون والممارسة القضائية:

إذا عجزت الزوجة عن إثبات الضرر ورفض القاضي دعواها لذلك، ثم عادت وكررت شكواها، وعجزت مرة أخرى عن إثباتها، عيّن القاضي حكما من أهل الزوج وحكما من أهل الزوجة، ممن يتوسم فيهم القدرة على الإصلاح وفض النزاع بينهما. فهل للحكمين السلطة في الإصلاح والتوفيق معا، أم أنهما وكيلان ليس لهما إلا الإصلاح دون التفريق، إلا إذا وكلهما الزوجان به ؟

تقرير الحكمين وما ورد فيه من الإصلاح أو التفريق هو الصحيح شرعا والراجح فقها، وعلى القاضي أن يلتزم به. جاء في التلقين للقاضي عبد الوهاب البغدادي المالكي:" ويعملان – أي الحكمين- على ما يريانه صلاحا للفريقين من إصلاح أو تفريق، من غير اعتبار برضا الزوجين، ولا بموافقة حاكم البلد أو مخالفته"(54).

وفي تحفة أبي عاصم:

وما به قد حكما يمضي ولا إعذار للزوجين فيما فعلا

في حين أن المستقر عليه في العمل القضائي أن "للقاضي أن يحكم في ضوء تقرير الحكمين، كما يجوز له رفضه وتعيين حكمين آخرين"(55). فمهمة الحكمين الإصلاح لا غير، ومتى عجزا عن ذلك ورأيا أن الموقف يستدعي التفريق رفعا بشأنه تقريرا للقاضي(56).

وهو ما يطرح أسباب العدول عن المستقر في الفقه المالكي، واعتبار أن تقرير الحكمين، ولو كانا متفقين فيه على رأي واحد، لا يلزم القاضي بالأخذ به أو التقيد بما جاء فيه، وما هو إلا ورقة من أوراق الدعوى، ودليلا من أدلة الإثبات يخضع لتقدير المحكمة، وهذا لاشك يذهب جوهر التحكيم، ولا يحقق الغرض الذي لأجله تم بعث الحكمين، وهو ما يفرغ الفقه من محتواه ومقصده.

المبحث الثالث: دور الاجتهاد القضائي في أحكام الإثبات المتعلقة بآثار الزواج والطلاق -دراسة تحليلية تقويمية -

أولا: في الآثار غير المالية- أحكام النسب:

ارتأينا إثارة مسألة الإجتهاد القضائي بخصوص تحديد مدة اللعان، باعتبار أن المسألة لا نص فيها، حيث يترتب على اللعان آثار مهمة بعد حدوثه، ومنها نفي النسب عن الزوج وإلحاقه بأمه ولتحقق ذلك يشترط شروطا، منها شرط الفورية، والمستقر عليه قضاء أن مدة نفي الحمل أو النسب لا تتجاوز ثمانية أيام من يوم العلم(57). والهدف من تحديد المدة هو قطع دابر الشك الذي قد يحدث في نفس الزوج، إذ لو كان متيقنا أن الحمل أو الولد ليس منه لسارع لنفيه. ومذهب المالكية هو تقدّيرها بما جرت به العادة، فإن أخره بعد ذلك لم يقبل منه، لأن ذلك دليل إعراضه عن نفيه، وقول آخر بثلاثة أيام، لأنه قد يحتاج إلى التفكير فيما يقوم عليه من النفي، فجعل الثلاث حدا. وإذا تأخر الملاعن لعذر، فهو على حقه من النفي(58).

وبذلك يعلم بأن المسألة لا نص فيها، ولكن المقصد من تشريع اللعان يقتضي التعجيل بنفي الولد متى علم ولادته من غير تأخير، ما لم يكن التأخير لعذر، لأن ذلك شبهة قوية في إعراض الزوج عن نفيه. أمّا القول بتقدير مدة للّعان، وأنها ثمانية أيام- كما هو عليه الاجتهاد القضائي- فبعيد جدا، والرأي فيها لا يستحسن، لما قد يفتح للأزواج أبوابا للشرور والظنون بزوجاتهم، أما

ترك النفي بما جرت به العادة، فيؤدي إلى عدم الضبط وتضارب في أحكام النسب بين الثبوت والنفي، وللقاضي أن يراعي ظروف الزوج ويضيف أعذارا حالت دون نفي النسب على الفور، وهل ما قرره فقهاء المالكية في زمانهم يعد عذرا اليوم أم لا؟ وهل القول بأن المسألة لا نص فيها يسيغ الإلزام فيها بخلاف المذهب؟ أم أن القول بما في المذهب لا يستساغ نظرا لطبيعة تكوين القضاة اليوم، خلافا لما كان في الزمان الماضي من استقرارهم وإلمامهم بعادات وطبائع الناس؟

ثانيا: في الآثار المالية: - الإثبات في منازعات متاع البيت:

المقصود بمتاع البيت هو ما ينتفع به في بيت الزوجية، ويشمل ذلك الجهاز وغيره، من أثاث البيت والأدوات المنزلية التي يضيفها أحد الزوجين إلى البيت، فكان بذلك معناه أعم وأشمل من معنى الجهاز(59). وقد يحدث نزاع بين الزوجين أو بين وارثيها، أو بين أحدهما وورثة الآخر، وكل منهم يدعي ملكيته لما في البيت من متاع، أو في بعضه، أو أنه شريك فيه.

أولا: في الفقه المالكي: إذا أقام أي من الزوجين بينة قضي له بها، سواء كان الاختلاف قبل الدخول أو بعده، حال قيام الزوجية أو بعد الافتراق أياً كان نوعه.. وسواء كان البيت للزوج أو للزوجة، وسواء في هذا كله كانت لهما عليه يد مشاهدة أو حكمية(60). أما لو أقام كل منهما بينة فإنه يقضي بأعدل البينتين، فإن تساويا رجح بسبب من أسباب الترجيح، فإن تكافأتا سقطتا ورجع في ذلك إلى ظاهر آخر، وهو هل يعرف الشيء للرجال أو النساء أو لهما(61).

أما إن لم يكن لأحدهما بينة أو سقطتا, فجميع ما كان معتاد للنساء قضى به للمرأة مع يمينها(62)، وما كان معتاداً للرجال قضى به للزوج بيمينه, أما ما يصلح لهما معاً, فالقول قول الزوج بيمينه, لأن يده هي المغلبة على يد الزوجة(63). ولا يختلف الحكم عندهم بموت أحدهما بين الحي وورثة الميت، ولا بموتهما معا، فينزل وارث كل منهما منزلة مورثه.

وإن أقام الرجل بينة على شراء ما هو معتاد للنساء، كالحلي مثلاً، حلف مع بينته أنه اشتراه لنفسه لا لزوجته، وقضي له به. هذا إذا اشتراه من غيرها، أما إن شهدت البينة له بأنه اشتراه

منها, فهو له بلا يمين, وأيضاً إذا شهدت البينة أنه ورثه أو وهب له، وكذلك الحكم في المرأة إلا أن في يمينها قولين(64). والورثة في البينة واليمين بمنزلة مورثيها, إلا أنهم لا يحلفون على البت، وإنما على نفي العلم(65).

بعد عرض ما تقدم من مذهب المالكية في اختلاف الزوجين في ملكية متاع البيت أو بعضه، يظهر لي ترجيح ما يأتي:

1- أن ما يصلح للرجال من المتاع فالقول فيه للزوج بيمينه وما يصلح للنساء فالقول فيه للمرأة بيمينها، اعتمادا على الأصل، وهو أن القول قول مدعي العادة ولو لم يقض بذلك لسد الباب على الزوجين وترتبت عليه مفاسد كثيرة، وتفويت لمصالح كثيرة غالبة.

2- ينقض ذلك الأصل بوجود البينة، وينتفي ظاهر اليد مع الصلاحية بذلك، وإن أقام كل منهما البينة، رجحت بينة من يدعي خلاف الظاهر.

3- أن ما يصلح لهما فالقياس أن يكون للزوج, لأن يده أقوى, والمرأة وما في يدها في يده، إلا أننا تركنا ذلك القياس للعرف الظاهر، إذ يندر أن تزف المرأة إلى بيت زوجها بغير جهاز، فكان القول قولها إلى جهاز مثلها، وما زاد عليه فهو للزوج، وهو قول أبي يوسف من الحنفية، إلا أن يعرف أنها خرجت به من بيتها أو تصدق به عليها، أو كسبت مالاً وعرف ذلك واستبان.

4- إذا ادعى أحد الزوجين ملكية ما اشتراه للزوج الآخر، وأنه كان بيده على وجه العارية، أو ادعى ذلك ورثته فيلزمه البينة لادعائه خلاف الأصل والظاهر، وهو أنه إنما يصرفه له على سبيل التمليك، ولا يوهن ذلك الأصل ادعاءه خشيته أن يقع بينهما ما يوجب الفراق والقطيعة، أو يموت فيذهب الزوج الآخر بماله لزوج غيره، فهذه افتراضات لا ترقى إلا مجرد الظن.

5- أما إذا كان الخلاف بين الحي منهما وورثة الآخر أو بين ورثتيهما فلا يختلف الحكم، لأن الوارث شأنه أن ينتقل له ما كان لمورثه على الوجه الذي كان له، وهذا أمر عام في جميع الحقوق كالشفعة والرد بالعيب وخيار الشرط وغيره.

ثانيا: منازعات متاع البيت في القانون والقضاء الجزائري:

ما ينبغي أن يعلم أن ملكية الزوجة لجهاز الزوجية ومتاع البيت سواء أعدته من مالها الخاص أو من المهر المقبوض، أو وهبه لها أبوها، وما جرى به العرف على صلاحية الشيء المتنازع فيه لأي من الزوجين ما هي إلا قرائن بسيطة - استقر عليها العرف - تقررت لمصلحة من يدعيها ووافقت دعواه، فيجوز إثبات عكسها بكافة طرق الإثبات الشرعية، بما فيها شهادة الشهود والأدلة الخطية.

جاء حكم هذه المنازعات في المادة 73 من قانون الأسرة الجزائري ونصها: "إذا وقع النزاع بين الزوجين أو ورثتهما في متاع البيت وليس لأحدهما بينة، فالقول للزوجة أو ورثتها مع اليمين في المعتاد للنساء، والقول للزوج أو ورثته مع اليمين في المعتاد للرجال، والمشتركات بينهما يقتسمانها مع اليمين". يتضح من هذه المادة مسائل:

المسألة الأولى: قررت المادة في مستهلها بأن: "إذا وقع النزاع بين الزوجين أو ورثتهما في متاع البيت" وهو ما يعني أنه يشترط في المتاع موضوع النزاع أن يكون موجودا ومشاهدا، سواء كان موجودا بمسكن الزوجية أو في غيره من الأماكن، ويكفي عدم إنكاره. ومن ثم فإنه لا يمكن إقامة دعوى على متاع غير موجود أصلا، وكان محل إنكار من المدعي عليه، كأن قدم أحد الزوجين قائمة محل إنكار من الخصم، فهنا لابد من إقامة الدليل على هذه القائمة ابتداء(66)، ويكفي المدعى عليه يمين النفي إلى أن يثبت وجود المتاع المتنازع فيه بالإقرار أو نحوه، وهي يمين حاسمة تحسم النزاع القائم(67).

المسألة الثانية: أما إذا لم ينكر المدعى عليه موضوع الدعوى بأن دفع أن المتاع ملكه، أو أن المدعية قد تسلمت أمتعتها، فهنا قد انقلب إلى مدع، وصار كل منهما بذلك مدعيا، فأيهما أنار دعواه بالبينة على ملكه للمتاع أو جزء منه انتهى النزاع لصالحه، أياً كانت طبيعة محل النزاع.

أما إن لم يكن لأحدهما بينة، فإن الفقرة الثانية من المادة قد جعلت الشاهد العرفي حكماً، فمن كان من الزوجين شاهداً له، كان القول قوله بيمين متممة(68). وإلى هنا كان القانون الجزائري موافقاً لقول الجمهور الحنفية والمالكية والحنابلة.

المسألة الثالثة: وما اشتركا فيه من المتاع فإنهما يقتسمانه مع اليمين(69)، وهو ما يتفق ومذهب الشافعية والحنابلة.

وفي ضوء ذلك فقد قررت المحكمة العليا مبادئ هامة في الإثبات، كاعتبارها توجيه اليمين للمطعون ضده من طرف قاضي الاستئناف بعد نكوله عن تأديتها أمام قاضي درجة أولى خطأ في تطبيق القانون(70)، وأن الدفع المتعلق بعدم تأدية اليمين لا يعد طلبا جديدا، بل هو دفع يثار في أي درجة من درجات التقاضي(71)، كما يجب على قضاة الموضوع أن يردوا على طلب اليمين المعروض من طرف والمقبول من الطرف المقابل في النزاع(72).

وتتجه المحكمة إلى أنه يتوجب على القاضي عند تكليفه أحد الزوجين بأداء اليمين أن يراعي شخصية كل منهما, وظروف وملابسات كل قضية(73)، واستنباط قرائن أخرى كالحالة المادية لهما، وعمل الزوجة, وقرب العهد بالزواج والتي يمكن أن تعزز قناعة القاضي في موضوع الدعوى، ذلك لأن اليمين إذا كانت تؤتي ثمارها فيما مضى فإنها لم تعد كذلك اليوم، بعد اندفاع المجتمع نحو ماديات الحياة وضعف الوازع الديني وانعدام التربية الأخلاقية داخل الأسرة.

الخاتمة:

إنّ عدم استجابة تعديل قانون الأسرة الجزائري الأخير لما كان منتظرا، بتسهيل إجراءات سير الدعاوى أمام القضاء، وحذف بعض النصوص وتعديل أحكام نصوص أخرى لمخالفتها لأحكام شرعية، أو خلوها من السند الفقهي الذي تعلّل به، سيما ما تعلق منها بدعاوى التطليق، ومن ذلك اشتراطه الحكم للزوجة بطلب التطليق لعدم الإنفاق من إجراءات للإثبات ليس لها أي مسوغ شرعي أو واقعي، وما تمثله من حيف كبير اتجاه الزوجة. هذا فضلا عن أحكام القانون الجزائري المتعلقة بالتطليق لغيبة الزوج، وجمعه لدعويين في دعوى واحدة، لأمر يقتضي ضرورة إعادة النظر في تلك الأحكام. ويضاف لذلك ما قررناه من عدم إلزام القاضي بما جاء في تقرير الحكمين - ولو كانا متفقين فيه على رأي واحد - واعتباره ورقة من أوراق الدعوى ودليلا يخضع لتقدير المحكمة، أمر يذهب بجوهر التحكيم، ولا يحقق الغرض الذي لأجله تم بعث الحكمين، وهو ما يتعارض مع ما هو مقرر في الفقه المالكي وغيره.

وما أورده التعديل الأخير لقانون الأسرة من أحكام في التطليق لتعدد الزوجات بافتراض الضرر فيه، فضلا عما أورده في التطليق للحبس، فيه تعريض للعلاقات الزوجية للتفكك، بإغراء الزوجات وتشجيعهن على خراب بيوتهن وهدم حياتهن الزوجية بلا مسوغ شرعي، ولا مبرر واقعي، سيما في فترة التحول الحرجة التي تمر بها الأسر وطبقات المجتمع عموما، نتيجة التأثير المادي والإعلامي الخطير في مقابل ضعف الوازع الديني والخلقي.

ونتيجة لما سبق فالضرورة ملحة بإدراج نصوص في قانون الأسرة تتعلق بأحكام الإثبات الموضوعية في دعاوى التفريق القضائي، ومن ذلك وجوب الاستعانة بالخبرة الطبية في إثبات العيوب الموجبة للتفريق، والنص صراحة في قانون الإجراءات المدنية الجزائري بقبول شهادة السماع لإثبات الضرر الموجب للتفريق، ونقترح أن يكون نصها كالآتي: "يكفي لإثبات الضرر الشهادة بالتسامع المبني على الشهرة في نطاق حياة الزوجين، ولا تقبل هذه الشهادة على نفي الضرر". هذا فضلا عن تعديل أحكام التطليق لحبس الزوج في قانون الأسرة الجزائري، وفي شروط التطليق لعدم الإنفاق - وفقا لما أوردناه في البحث- وإلغاء التطليق لارتكاب الزوج فاحشة مبينة. آملين أن تحقق الأحكام القانونية بعد تعديلها حماية كافية للعلاقة الأسرية سواء أكانت الرابطة الزوجية قائمة، أو من يحتاج للرعاية وحفظ حقوقه بعد الانفصال.

الهوامش:

[1] الصادر بموجب الأمر 58/75 المؤرخ في 1975/09/26 المعدل والمتمم،الجريدة الرسمية عدد 78،السنة 12، ص990.

[2] الصادر بموجب القانون رقم 11/84 المؤرخ في 1984/06/09، الجريدة الرسمية عدد 24، السنة 21 ، ص910. المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم 02/05 المؤرخ في 2005/02/27، الجريدة الرسمية عدد 15، السنة 42، ص 18.

[3] في حين تعد الكتابة أدق وأبعد عن الكذب وأكثر ضبطاً للوقائع، فضلا عن إمكانية حفظها فلا يعتريها النسيان لأنها إنما أعدت مقدماً للإحاطة بالواقعة المراد إثباتها. د. عبد الحميد الشواربي، الإثبات بشهادة الشهود في المواد المدنية والتجارية والجنائية والأحوال الشخصية، منشأة المعارف، الاسكندرية 1996، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1996، ص 148.

(4) يحيى بكوش، أدلة الإثبات في القانون المدني الجزائري والفقه الاسلامي، دراسة نظرية وتطبيقية مقارنة، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، الجزائر، 1981، ص 190.

(5) ورد في المادة 33 من قانون الحالة المدنية رقم 20/70 المؤرخ في 1970/02/19 (المعدل والمتمم(ج. ر عدد21، السنة 07، ص274) : "يجب على الشهود المذكورين في شهادات الحالة المدنية أن يكونوا بالغين 21 سنة على الأقل سواء كانوا من الأقارب أو غيرهم، دون ميز فيما يخص الجنس، ويختارون من قبل الأشخاص المعنيين". وفي المقابل لم يورد قانون الأسرة الشروط المطلوب توفرها في الشهود واكتفى فيه بالإحالة إلى أحكام الشريعة الإسلامية"، ومن ثم وجب الالتزام بأحكام الشريعة الإسلامية في هذه المسألة بأن يكون الشاهد راشداً، بالغاً مسلماً، عدلاً، ذكراً.. أما المادة 33 من قانون الحالة المدنية أعلاه فيمكن اعتبارها ملغاة ضمنياً بهذه الإحالة. أنظر: عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار هومه، الجزائر، ط3، 1998، ص39.

(6) طعن رقم 103 سنة 63 ق، أ.ش، جلسة 1997/1/27.

(7) د.عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة 1956، ج2 ص57. د.عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص146.

(8) الطعن رقم 394 سنة 35 ق، أ.ش، جلسة 1970/4/30، سنة 21، ص735. الطعن رقم 816 سنة 43 ق، أ.ش، جلسة 1977/12/26، سنة 8، ص1742. الطعن رقم 990 سنة 46 ق، أ.ش، جلسة 1980/3/25، سنة 31، ص894. الطعن رقم141 سنة 40 ق، أ.ش، جلسة 1975/5/29، سنة 26، ص1114.

[9] المرغيناني، الهداية شرح بداية المبتدي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1410هـ، 1990م، ج3 ص120. ابن الهمام، شرح فتح القدير وبهامشه شرح العناية على الهداية للبابرتي، المطبعة الكبرى الأميرية ببولاق، مصر، 1317هـ، ج6 ص21. الطرابلسي، معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام، دار الفكر، دون تاريخ الطبع، ص 110.

[10] وإن كان هناك قول في مذهب المالكية يرى جواز شهادة السماع في النكاح إذا اتفق الزوجان على ذلك، أما اذا ادعاه أحدهما وأنكره الآخر فلا تجوز الشهادة بالتسامع عليه. تبصرة الحكام لابن فرحون المالكي، ج1 ص299. حاشية الدسوقي، ج4 ص198.

(11) م. ع، غ.أ.ش، قرار رقم 53272 بتاريخ 1989/3/27. المجلة القضائية، عدد 3، 1990، ص 82. وفي قرار آخر جاء فيه أن "التنازع في الزوجية بأن ادعاها أحدهما وأنكرها الآخر، فإن إثباتها يكون بالبينة القاطعة تشهد بمعاينة العقد أو بالسماع الفاشي، يقول الشاهد في الأول أنهما حضرا العقد مبينين أركانه، وفي الثاني يقولان أنهما سمعا غير ما مرة من الثقات وغيرهم أن فلاناً زوج لفلان وأن فلانة امرأة فلان". م. ع، غ. أ. ش، قرار رقم 43889 بتاريخ 1986/2/15، المجلة القضائية، 1993، عدد2، ص37.

(12) يحيى بكوش، المرجع السابق، ص 192.

(13) الطعن رقم 1 لسنة 46 قضائية، أحوال شخصية، جلسة 1977/10/26، س 28، ص 1583.

(14) ومما يجدر التنبيه إليه أنه كثيراً ما نتوفر أركان العقد من رضا الزوجين وولي الزوجة، وشاهدين في المجلس ويقرأ على مسامع الحاضرين الفاتحة من باب الدعاء، فالعقد هنا شرعي مكتمل الأركان ولا عبرة بتسميته بمجلس عقد أو مجلس خطبة، إذ العبرة بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني. ومثار هذه المسألة لدى الكثير من الناس بل لدى بعض الباحثين والقضاة هو ما كانت تثيره المادة 6 من قا.أ. قبل تعديلها بأنه: "لا يمكن أن تقترن الخطبة مع الفاتحة أو تسبقها بمدة غير محددة. تخضع الخطبة والفاتحة لنفس الأحكام المبنية". والحقيقة أن الخطبة هي مجرد مرحلة تعارف واختبار بين الطرفين دون أن ينشأ عنه عقد والتزام شرعي، في حين أن مجلس العقد الشرعي والذي تقترن الفاتحة به في الغالب - ينشأ عنه التزام شرعي، وليس من العدل أن يخضعا إلى حكم واحد مع اختلاف عناصر كل من المجلس ونتائج كل منهما. ونتيجة للنقد الذي وجه لهذا النص تم تعديله ليصبح كالآتي" إن اقتران الفاتحة بالخطبة لا يعد زواجاً. غير أن اقتران الفاتحة بالخطبة بمجلس العقد يعتبر زواجاً متى توافر ركن الرضا وشروط الزواج المنصوص عليها في المادة 9 مكرر من هذا القانون".

(15) نقض الطعن رقم 40 لسنة 20 قضائية، أ.ش، جلسة 1951/12/6. قرار المجلس الأعلى بالجزائر، رقم 1927 في 1973/10/21، غير منشور.

(16) أحمد نشأت، رسالة الاثبات، دار الفكر العربي، القاهرة، 1972، ج1 ص 551.

(17) الطعن رقم 363 سنة 36 ق، أ. ش، جلسة 1971/4/22، س 22، ص 540. الطعن رقم 11 سنة 43 ق، أ. ش. جلسة 1975/11/12، س 26، ص 140.

(18) ومما قضت به محكمة النقض في ذلك أنه "يشترط لصحة الشهادة عدم الاختلاف فيها متى كان المشهود به قولاً ملحقاً بالفعل من قبيل النكاح, لأنه وإن كان عبارة عن إيجاب وقبول وهما قولان، إلا أنه يشترط لصحته حضور شاهدين وهو فعل، فأُلحق الفعل بالقول، ولئن كان اختلاف الشاهدين في زمان النكاح ومكانه يعتبر مانعاً في الأصل من قبول الشهادة والاعتداد بها، إلا أن العبرة في الأخذ بالشهادة أو طرحها هو بالمعنى لا باللفظ، فليس بشرط أن يحدد الشاهدان الزمان أو المكان في ألفاظ واحدة، بل يكفي أن تتطابق جماع أقوالهما على أنها تنصب على واقعة بعينها وأن تصف الشهادتان بما لا يوجب خلافاً في المعنى إلى ذات الزمان والمكان". الطعن رقم 16 لسنة 46 قضائية، أحوال شخصية، جلسة 1977/72، س 28، ج2 ص 1764.

(19) الفروق، ج3 ص 129، 130. وقد أخذ هذا التقسيم من كلام شيخه العز بن عبد السلام الذي قسم التهمة الى أقسام ثلاثة: تهمة قوية، وتهمة ضعيفة، وتهمة مختلف في رد الشهادة والحكم بها ،وذكر أمثلة قريبة مما ذكر القرافي. أنظر قواعد الأحكام في مصالح الأنام، ج2 ص 36.

(20) الطعن رقم 68 لسنة 66 ق، أ. ش، جلسة2001/1/6، المستحدث من المبادئ التي قررتها دوائر الأحوال الشخصية بمحكمة النقض المصرية، ص98.

(21) فلا تثريب على محكمة الموضوع إن هي اعتدت بأقوال شاهدين شقيقين طالما أن التهمة منتفية عنهما وليس لهما من صلة بالمشهود به ولم يتحقق فيهما مظنة جلب مغنم أو دفع مغرم. الطعن رقم 11 لسنة 43 ق، أ.ش، جلسة 1986/3/17، س 27، ص 685. طعن رقم 85 لسنة 66 ق، أ. ش، جلسة 2001/2/10. المرجع السابق ص 98.

(22) ويخضع تقدير الشهادة والتعرف على وجه التهمة في شهادة القرابات - عدا الأصول والفروع والزوجين - إلى وجدان القاضي، فيرد ما يرى فيه التهمة ويقبل ما يراه بريئاً فيها، لأن سلطة الترجيح بين البينات واستنباط واقع الحال ووجه الحق فيها هو ما يستقل به قاضي الموضوع طالما لم يخرج عن مدلولها الصحيح. الطعن رقم 86 لسنة 67 ق، أ.ش، جلسة 2001/7/7، المرجع السابق، ص 119.

(23) الصادر بموجب القانون 09/08 المؤرخ في2008/02/25، الجريدة الرسمية عدد 21، السنة 45، المؤرخة في 2008/04/23 المعدل والمتمم لقانون الإجراءات المدنية رقم 156/66 المؤرخ في 1966/06/08.

(24) وهو ما استقر عليه قضاء المحكمة العليا حيث، جاء في إحدى قراراتها: "من المستقر عليه أنه يجوز سماع شهادة الأقارب في قضايا الزواج والطلاق وحيث إنه بالرجوع إلى القرار المطعون فيه يتبين أنه مؤسس تأسيسا جيدا، ومبرر بما فيه الكفاية، خاصة وأن القانون يجيز الاستماع لشهادة الأقارب باستثناء الأبناء، عملاً بالمادة 64 من قانون الإجراءات المدنية: الشيء الذي يجعل الوجه المشار من الطاعن غير مؤسس، وقضاة الموضوع بقضائهم بإثبات الزواج العرفي طبقوا صحيح القانون ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن" غ. أ. ش. قرار رقم 188707 بتاريخ 1998/3/17 والقرار رقم 84334 بتاريخ 1992/9/29، مجلة قضائية، عدد خاص بالاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا، 2001، ص44، 50.

(25) أنظر المدونة،ج4 ص 108. القوانين الفقهية، ص 303. عيون المجالس، ج2 ص 1541.

(26) فنص المادة 153 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري المشار إليه لا يتفق مع أي مذهب من المذاهب الفقهية ولم يسلك فيه المقنن مسلك أي فقيه كما أن عدم جواز قبول شهادة أخوة وأخوات الخصوم لم يمنعها الإمام مالك على إطلاقها وإنما قيدها بما إذا كان الأخ منقطعاً لأخيه بحيث يناله بره وصلته وتقبل فيما عدا ذلك لعدم التهمة. أنظر المدونة،ج4 ص 108. القوانين الفقهية، ص 303. عيون المجالس، ج2 ص1541.

(27) كأن تكون الشهادة على وفاة مثلاً هو الحصول على المال بتقسيم التركة، فهنا لم تعد المسألة تتعلق بالحالة فقط، بل تعدّت إلى المال، فعلى قضاة الموضوع أن يفتحوا الباب للتحقيق في شهادة الشهود، "ومتى تبين أن شهادة الأقارب على الوفاة كان قصد الوصول لتقسيم التركة, فإن القضاة لما رفضوا الدعوى في الحال وعدم قبول شهادة الأقارب على وفاة دون إجراء تحقيق في القضية، فإنهم أخطأوا في تطبيق القانون، وعرضوا قرارهم للنقض". م. ع، غ. أ. ش، قرار رقم 179557 بتاريخ 1998/3/17، م. ق، عدد 2، 1998،ص 79.

(28) أنظر في بحث هذه القاعدة وماتفرع عنها من الأحكام: الفروق، الفرق 257، ج 3 ص 254, 255.

(29) ورد في المدونة، ج3 ص 53 عن ابن القاسم أن الرجل متى سمع جاره يطلق امرأته من وراء حائط من غير أن يراه، جاز له أن يشهد عليه متى عرف صوته.

(30) قرار رقم 35026 بتاريخ 1984/12/3،م.ق، ع4، 1989، ص86.

(31) وقد تخبر المرأة أقاربها وجيرانها بواقعة الطلاق، فيستفيض الخبر ويشتهر بين الناس، إلا أن هذه الشهرة - حقيقية أو حكمية – مهما بلغت لا تقبل في الشهادة على الطلاق، إذ القاعدة أنه لا يجوز أن يكون مصدر الشهادة هو المدعي نفسه، أو بناء على إخبار منه أو وليد استشهاده.

(32) تبصرة الحكام، ج1 ص 105.

(33) جاء في قواعد الأحكام في مصالح الأنام- فصل في بيان تعارض أصل وظاهر- ما نصه: "والفرق بين النفقة وسائر الديون أن العادة الغالبة مثيرة للظن بصدق الزوج بخلاف الاستصحاب في الديون فإنه لا معارض له, ولو حصل له معارض كالشاهد واليمين لأسقطناه, مع أن الظن المستفاد من الشاهد واليمين أضعف من الظن المستفاد من العادة المطردة في إنفاق الأزواج على نسائهم مع المخالطة الدائمة، نعم لو اختلفا في نفقة يوم أو يومين لم يبعد ما قاله الشافعي– رحمه الله ". ج 2 ص54، 55.

(34) شرح الخرشي، ج3 ص 337. مواهب الجليل، ج4 ص 195. البهجة في شرح التحفة، ج1 ص 397.

(35) إذا ثبت الإعسار لدى القاضي فهل يقع الطلاق بمجرد ثبوته عنده أم يمهل الزوج مدة يظن أنه يجد فيها ما ينفقه على زوجته ؟

اختلف الفقهاء في هذه المسألة ففيهم من أوجب التفريق بمجرد ثبوت الإعسار, ومنهم من قال بتأجيل الزوج مدة لعله يجد ما ينفقه على زوجته حفظاً للأسرة من الشقاق والتفريق، مع اختلاف أصحاب هذا القول في مقدار المدة التي يمهل فيها الزوج، هل هي خاضعة لتقدير القاضي حسب ما يراه مناسباً, أم أنها محددة في الشرع لا يجوز تجاوزها؟

- مذهب المالكية: أنه ليس للقاضي أن يفرق بين الزوجين بمجرد ثبوت الإعسار بالنفقة، وإنما يؤجل له ما يراه مناسبا, والتوقيت في هذا خطأ,

وإنما ذلك مرجعه اجتهاد القاضي وفق ما يراه من حاجة المرأة وصبرها، وتختلف هذه المدة بين من يرجى له الكسب، وبين من لا يرجى له ذلك، فيزداد للأول دون الثاني, وإذا مرض الزوج في فترة التلوم أو سجن بعد إثبات العسر، لم يحسب له ذلك من المدة, إذا رجي برؤه من المرض أو خلاصه من السجن عن قرب, وإلا طلق عليه.

- مذهب الشافعية: الأظهر منه أن القاضي يؤجل الزوج المعسر ثلاثة أيام ويفسخ في اليوم الرابع إذا لم ينفق عليها, وليس للقاضي أن يزيد في هذه المدة، وإنما قدر بتلك المدة لأنها قريبة يتوقع فيها القدرة بقرض أو غيره.

- مذهب الحنابلة: إذا ثبت الإعسار عند القاضي طلق على الزوج في الحين, وليس له تأجيله إلا إذا طلبت الزوجة ذلك لأنه كخيار العيب, وبعدم ورود شيء عن الإنظار في الشرع.

ولعل الأنسب – والله أعلم - هو قول المالكية، حيث أعطوا المرأة حق طلب الفرقة ورعوا في ذلك ظروف الزوج، فلعل ظروفاً قاهرة هي التي جعلته يؤول إلى ما هو عليه من الفقر والعوز, وهو أمر عارض, فمن المناسب أن يمهل مدة كافية يسعى خلالها لطلب الرزق, وتزول عنه الظروف التي يعيشها، وهي مدة تطول أو تقصر، بحسب ما يرجى من الرجل في الكسب أو عدمه, ويراعى فيها حال الزوجة وصبرها على ذلك. وهو رأي وسط بين مذهب الأحناف الذين منعوا الفسخ مطلقا, وبين الشافعية والحنابلة الذين عجلوا حق الفسخ للمرأة بإنظار لثلاثة أيام فقط، ومن غير إنظار.

أما موقف قوانين الأحوال الشخصية فقد أخذت جميعها بقول المالكية, مع اختلاف بينها في مدة الإمهال للزوج, حيث حددها القانون المصري (م4) بألا تتجاوز شهر واحد, و إلا طلق عليه. والقانون التونسي (م39), والقانون العراقي (م43) بشهرين، في حين حددتها قوانين أخرى بثلاثة أشهر كالقانون السوري (م2/110),والقانون الكويتي (م2/12), والقانون الأردني (م 127). يراجع في هذه المسألة: حاشية الدسوقي، ج2 ص 519. الشرح الصغير، ج2 ص 745. شرح الخرشي، ج3 ص 337. شرح الزرقاني على المختصر، ج4 ص256. روضة الطالبين، ج6 ص 482. نهاية المحتاج، ج7 ص 217. المغني، ج9 ص 244، كشاف القناع، ج5 ص 390.

(36) مراجع المالكية السابقة.

(37) شرح الخرشي، ج3 ص 337. وجاء فيه: "إن الزوج إذا عجز عن نفقة زوجته أو عن كسوتها، ورفعت أمرها إلى الحاكم وشكت ضرر ذلك، وأثبتت الزوجية ولو بالشهرة، أو كانا طارئين، فإن الحاكم يأمر زوجها إذا لم يثبت عسره بالنفقة والكسوة أو الطلاق، فإذا أنفق وكسا فلا كلام، وإن أبى من ذلك ومن الطلاق أيضاً وادعى العسر، أو أثبته بالبينة والحلف، فإن الحاكم يطلق عليه بعد التلوم باجتهاده على المشهور، وسواء كان الزوج يرتجى له شيء أم لا".

(38) مواهب الجليل،ج4 ص196، وجاء فيه: "فلابد أن تثبت الزوجية, وأنه دخل بها أو دعي إلى الدخول, وتثبت الغيبة بحيث لا يعلم موضعه أو علم ولم يمكن الإعذار إليه فيه... ولابد أن تشهد لها البينة بأنها لا تعلم أن الزوج ترك لها نفقة و لا كسوة.. ولا بعث إليها بشيء وصل إليها - في علمهم – إلى هذا الحين، ثم يحلفها عما شهدت لها البينة، وحينئذ إن دعت إلى الطلاق طلقها, وأباح لها التطليق". وقال ابن حبيب القرطبي- مؤلف كتاب الواضحة أحد الكتب الجامعة في المذهب- أنه "تحلف المرأة ما ترك عندها ولا أرسل إليها شيئاً وصل إليها ولا وضعت عنه نفقتها". شرح ميارة على التحفة، ج1 ص748. القوانين الفقهية، ص 227.

(39) وللقاضي أن يأذن لها في الإنفاق على نفسها والرجوع على زوجها بذلك, ولها النفقة من يوم الرفع لا من يوم السفر، فإذا فرضنا أنه سافر في أول السنة وحصل الرفع في نصفها, فلها النفقة من يوم الرفع, وأما النصف الأول فالقول قول الزوج مع يمينه. حاشية الصاوي، ج2 ص748.القوانين الفقهية، نفس الموضع.

(40) م.ع،غ.أ.ش، قرار رقم 118475 بتاريخ 1995/5/2، نشرة القضاء، العدد 49، ص 241.

(41) فاشتراط ذلك الحكم الإجرائي في المادة 1/53 هو تأثر قانون الأسرة بالنص الجزائي رقم 333 من قانون العقوبات والمتعلق بجريمة الامتناع عن النفقة, بحيث تطلب لإثبات هذه الجريمة وجوب إصدار حكم بالنفقة وامتناع الزوج عن تنفيذ هذا الحكم, فالامتناع إذاً قرينة

على توافر القصد الجنائي للجريمة، إذ يفترض أن عدم الدفع عمدي ما لم يثبت العكس والقصد الجنائي ضروري لقيام الجريمة, لأن انتفاءه يعني انتفاء الركن المعنوي، وبالتالي انتفاء الجريمة، لذلك كان لابد من اشتراط صدور حكم بوجوب النفقة وامتناع الزوج عن تنفيذه له كمسوغ للحكم عليه بجريمة الإهمال العائلي وعدم النفقة, ومثل هذا الشرط ليس له ما يبرره للتطليق بعدم الإنفاق, لأن مناط الحكم به هو دفع الضرر عن الزوجة ما أمكن, وسواء كان عدم الإنفاق عمدياً أو نتيجة للإعسار, وبذلك يظهر الفرق جلياً بين اشتراط صدور الحكم بوجوب النفقة في الجانب الجزائي وعدم اشتراطه في دعوى التطليق. د. بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، 1998، ص 278. جمعي ليلى التطليق للضرر في قانون الأسرة الجزائري، ماجستير، جامعة وهران، 2001، ص 145، 146.

(42) قرار رقم 34791 بتاريخ 84/11/19، المجلة القضائية، العدد 3، 1989، وزارة العدل.

(43) وفي مقابل هذا الفراغ أخذت بالقول الأول للمالكية: المدونة المغربية(الفصل 53)، القانون المصري(م4)، القانون الأردني(م127).

(44) ويلاحظ على هذا النص:

أ- أنه قصر حق طلب التفريق على الزوجة ولم يجعله حقاً مشتركاً بين الزوجين، مكتفياً بما قرره للزوج من الطلاق بإرادته المنفردة (م 48) مقتفياً بذلك أثر معظم القوانين العربية التي أخذت بالمذهب الحنفي خلافاً للجمهور من المالكية وغيرهم.

ب- أنه لم يحصر عيوب الزوج المبررة للتفريق في عدد معين، وإنما وضع وصفاً أو ضابطاً لذلك، وهو أن يحول العيب دون تحقيق الهدف من الزواج, وهو التناسل وإنجاب الأولاد وتكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب (المادة 4), فيشمل بذلك العيوب الجنسية والمنفرة والمانعة من النسل, والتي لا يمكن المقام معها إلا بضرر.. وهذا مسلك حسن يكفل التطبيق المتجدد للنص في ضوء تجدد العيوب وتغيرها باختلاف الزمان والمكان ونتيجة للتقدم العلمي.

ج- السلطة التقديرية للقاضي على أساس معيار موضوعي, وهو هل العيب يحول أم لا دون تحقيق الهدف من الزواج.

د- أنه جعل حق التفريق للمرأة بالعيوب مطلقاً, سواء أكانت سابقة على العقد أم لاحقة عليه, والقانون بذلك أخذ بقول الشافعية في الجديد، وبعض الحنابلة والمالكية في بعض العيوب.

هـ- لم يشر إلى بعض شروط العيب الموجبة للفرقة كشرط عدم علم المرأة بالعيب, أو الرضا به صراحة أو دلالة، وخلوها من العيوب التي اشترطها الفقهاء لجواز التفريق, واستحكام العيب أو التحقق منه..، وكذلك حكم الطلاق للعيب هل هو بائن أو رجعي, وهو ما يعني الرجوع إلى الفقه المالكي باعتباره مصدراً لغالب أحكام الأسرة.

و- كما جاء النص خلواً عن بيان حكم تأجيل الزوج المعيب، وهل يشمل ذلك جميع العيوب المستحكمة وغير المستحكمة أم يقتصر على هذه الأخيرة, والتي يمكن البرء منها, ومدة ذلك. فضيل سعد، شرح قانون الأحوال الشخصية الجزائري، المؤسسة الوطنية للكتاب، 1986، ص275، 276. عبد العزيز سعد، نظام الحالة المدنية، دار هومه، الجزائر، ط2، 1995. ص 228، 230. د. بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 281.

(45) ومن ذلك قرار المجلس القضائي بتلمسان في 1967/12/28، المجلة الجزائرية، عدد4، 1968، ص 1213. م.ع،غ.أ.ش، قرار رقم 33275 بتاريخ 1984/5/14، م.ق، 1990،عدد 2، ص 75.

(46) م.ع، غ.أ.ش بتاريخ 1982/2/8 نشرة القضاء، 1982، 254.

(47) م.ع، غ.أ.ش، قرار رقم 213571 بتاريخ 1999/2/16، م.ق، 2001، ص119.

(48) مواهب الجليل، ج4 ص 35،33. الفروق، ج4 ص104. البهجة في شرح التحفة،ج1 ص302, وجاء فيها" إن إضرار أحد الزوجين للآخر يثبت بأحد أمرين:

أ- إما بشهادة عدلين فأكثر لمعاينتهم إياه، لمجاورتهم الزوجين أو لقرابتهم ونحو ذلك.

ب- وإما بالسماع الفاشي المستفيض على ألسنة الجيران، من الناس والخدم وغيرهم بأن فلاناً يضر زوجته بضرب أو شتم أو تجويع أو عدم كلام أو تحول عنها في فراشه". وجاء في تحفة بن عاصم:

ويثبت الإضرار بالشهود أو بسماع شاع في الوجود

(49) قال التسولي في بهجته: "ولا يجوز في السماع بالضرر شهادة النساء وحدهن لأن الطلاق من معاني الحدود فلا تجوز فيه شهادة النساء". ج1 ص302.

(50) م.ع، غ.أ.ش، بتاريخ 1984/12/3، م.ق، ع4، 1989.

(51) سورة الحج، آية 78.

(52) الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، ج2 ص 69.

(53) شرح الخرشي، ج 3 ص 49. حاشية الدسوقي، ج2 ص 345.

(54) القاضي عبد الوهاب المالكي، التلقين في الفقه المالكي، دار الإمام مالك، ط1، 1435هـ 2014، ص 177، 178.

(55) م.ع، بتاريخ 1968/12/11، مجلة الأحكام القضائية، وزارة العدل، 1968، ص 134.

(56) وهو ما قرراه المادة 56 من قانون الأسرة.

(57) م.ع،غ.أ.ش، قرار رقم 99000 بتاريخ 1993/11/23،م.ق، عدد خاص، سنة 2001 ، ص 64. وجاء فيه: "أن المطعون ضده لم يبادر بنفي الحمل من يوم علمه به وخلال المدة المحددة شرعا، وتمسك بالشهادة الطبية التي لا تعتبر دليلا قاطعا، ولأن الولد ولد بعد مرور أكثر من ستة أشهر على البناء".

(58) الشرح الصغير،ج3 ص18. شرح الخرشي، ج3 ص275.

(59) أنظر في معنى متاع البيت، زكي الدين شعبان، المرجع السابق ، ص 284.

(60) يد مشاهدة: أن يكونا قابضين على الشيء فيتجاذبانه ويتنازعانه, أما اليد الحكمية: فأن يكونا في الدار التي يسكنانها. تبصرة الحكام، ج1 ص 69. الفروق، الفرق 160، ج3 ص 269.

(61) وأحسن وصف لمتاع النساء من متاع الرجال ما ذكره ابن فرحون المالكي في تبصرته، بعد أن عدد أشياء تصلح للنساء فقط، فذكر ما نصه: "وهذا عند المحققين تابع لعرف المتنازعين، فرب متاع يشهد العرف في بلد أو زمان أنه للرجال، ويشهد في بلد آخر أو زمن آخر أنه للنساء، ويشهد في الزمان الواحد والمكان الواحد أنه من متاع النساء بالنسبة إلى قوم، ومن متاع الرجال بالنسبة إلى قوم آخرين، كالنحاس المصنوع في تونس من بلاد المغرب، فإنه من متاع النساء بالنسبة إلى جهاز الأندلس، ومن متاع الرجال بالنسبة إلى جهاز الحضر". تبصرة الحكام، ج2 ص 68.

(62) وقول آخر في المذهب أن القول قوله لأنه لا يد لها معه، والمشهور في المذهب هو ما أثبتناه في المتن، وهو مقيد بشرطين، أحدهما: أن لا يكون المتاع المعتاد للنساء في حوز الرجل الخاص به كصندوقه وخزانته عليها بِغَلْقٍ. وثانيهما: أن لا تكون المرأة معروفة بالفقر، وإلا فلا يقبل قولها إلا بمقدار صداقها، وما زاد على صداق مثلها فالقول للزوج بيمينه. الشرح الكبير، ج2 ص 336. شرح الخرشي، ج3 ص 139. الشرح الصغير، ج 2 ص 496, 497.

(63) وهو مقيد بذات القيدين السابقين في المرأة.

(64) والقول بيمين المرأة أو لا يمين عليها، مبناه على العرف، فيختلف باختلافه، فإن كان العرف أن الرجال قوّامون على النساء آمرون

ناهون قائمون بأمور زوجاتهم فالشأن أن المرأة ما اشترت ذلك إلا لنفسها لا للزوج, فلا تطلب منها اليمين. أما إذا كان عرف قوم أن النساء قوّامات على الرجال، فالظاهر أن يكون حكم نسائهم في هذه المسألة حكم رجال غيرهن منها. شرح الخرشي، ج3 ص 139.

(65) المدونة ، ج4 ص267. مختصر العلامة خليل، ص 126، وجاء فيه: "فللمرأة المعتاد للنساء فقط بيمين، و إلا فله, ولها الغزل إلا أن يثبت أن الكّان له, فشريكان، وإن نسجت كلفت بيان أن الغزل لها، وإن أقام الرجل بينة على شراء ما لها، حلف وقضي له به، كالعكس، وفي حلفها تأويلان". وشروحه: التاج والإكليل، ج 3 ص 539. مواهب الجليل، ج3 ص 539. الشرح الصغير، ج2 ص 496. وأيضاً: الفروق، ج3 ص 261. عيون المجالس، ج4 ص 1592.

(66) الهاشمي هويدي، توضيحات حول تطبيق المادة 73 من قانون الأسرة المتعلقة بالنزاع في متاع البيت، مقال منشور في المجلة القضائية، عدد خاص بالاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، 2001، ص24.

(67) وهو ما أكّدته المحكمة العليا في اجتهاداتها بأن: "الاكتفاء بتوجيه اليمين قبل معرفة وجود أو عدم وجود محل النزاع المدعى به يعتبر بمثابة انعدام التسبيب وخرق واضح لقواعد الإثبات, ومن ذلك ما جاء في إحدى قراراتها "بأن الطاعن قد أنكر وجود المتاع والمصوغ لديه وطلب إقامة البينة على دعواها, والتمس الاستماع إلى شهادة ابن المطعون ضدها، فإن قضاة الموضوع لما لم يجيبوا على طلب الطاعن وبادروا بتوجيه اليمين المتممة للمطعون ضدها دون التأكد من وجود المصوغ فإنهم عرضوا قراراهم للقصور في التسبيب وخرقوا قواعد الإثبات". قرار رقم86097 بتاريخ 1992/10/27، م.ق، المرجع السابق، ص 233. وفي قرار آخر جاء فيه: "متى تبين - في قضية الحال - أن المدعى عليه أنكر وجود الأمتعة المطالب بها، فإن قضاة الموضوع لما قضوا برفض الدعوى في الحال دون تطبيق القاعدة العامة في الإثبات بتوجيه اليمين للمدعى عليه خالفوا القانون وعرضوا قرارهم لانعدام الأساس القانوني". قرار رقم 216836 بتاريخ 1999/3/16، المرجع السابق، ص 245.

(68) وقد أكّدت المحكمة العليا ذلك بأنه: "من المقرر أن الشريعة الإسلامية قد نظمت مسألة اليمين في متاع البيت وجعلتها على من يقوى ضده العرف وتؤيده القرائن, واليمين على هذا النحو يمين شرعية لا يتوقف أداؤها على طلب الخصم". قرار رقم 26545 بتاريخ 1982/1/25، نشرة القضاء، عدد خاص 1982، ص 243.

(69) م.ع، غ.أ.ش، قرار رقم 189245 بتاريخ 1998/4/21، م. ق، المرجع السابق، ص242 .

(70) فمتى وجه القاضي الأول للزوجة تأدية اليمين تطبيقاً للمادة 73 المذكورة, على تركها أثاث ومصوغ في بيت الزوجية، وامتنعت عن تأديتها، فإنه لا يجوز لقاضي استئناف أن يسمح لها بتأدية اليمين التي وجهت لها سابقا ونكلت عنها، ومتى حكم بذلك كان مخطئاً في تطبيق القانون ومستوجباً لنقض قراره. أنظر في ذلك م.ع، غ.أ.ش، قرار رقم 81850 بتاريخ 1992/4/14، المرجع السابق، ص230.

(71) فمن المقرر قانونا أن الدفع المتعلق بعدم تأدية اليمين بشأن الأثاث لا يعتبر طلباً جديداً, بل هو دفع يثار في أي درجة من درجات التقاضي، ومن ثم فإن القرار المنتقد عندما اعتبر توجيه اليمين التي أثارها الطاعن طلبا جديدا، يكون قد أخطأ في تطبيق القانون. قرار رقم 109595 بتاريخ 1994/7/19، المرجع السابق، ص 236.

(72) م.ع،غ.أ.ش، قرار رقم 39294 بتاريخ 1985/12/30, مشار إليه عند د. بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 395.

(73) د. بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 395. وهو ما جعل المحكمة العليا في قرارها رقم 25055 الصادر بتاريخ 1981/3/9 تقرر بأن الحكم باليمين في مسألة الملابس وغيرها على المدعى عليه وهو يدعي أن له شهوداً جاء معيباً من عدة وجوه مما يؤدي إلى نقض .